



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFT

Johanna Schrammen

**Grenzüberschreitende Verträge
im Internet:**

**Internationale Gerichtszuständigkeit
und anwendbares Recht**

Band 3



Cuvillier Verlag Göttingen

Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Grenzüberschreitende Verträge
im Internet:
Internationale Gerichtszuständigkeit
und anwendbares Recht

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Johanna Schrammen, LL.M.
aus Göttingen

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2005
Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2005
ISBN 3-86537-595-2

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2005
Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen
Telefon: 0551-54724-0
Telefax: 0551-54724-21
www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2005
Gedruckt auf säurefreiem Papier

ISBN 3-86537-595-2

**Meinen Eltern
und meinem Bruder**

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2005 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur habe ich bis August 2005 berücksichtigt.

Die erfolgreiche Beendigung meiner Promotion möchte ich zum Anlass nehmen, mich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler, zu bedanken, der das Thema der Arbeit angeregt und die Ausarbeitung stets hilfreich begleitet hat. Für die Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Joachim Münch.

Besonderer Dank gebührt meinem Bruder Daniel, der mir in zahlreichen Diskussionen wertvolle Denkanstöße gegeben und mich dadurch immer wieder aufs Neue motiviert hat. Herrn Dr. Jörg Knies danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und den sich daran anschließenden Gedankenaustausch. Des Weiteren danke ich Herrn Dr. Werner Schaller für viele aufschlussreiche Gespräche über die europarechtlichen Aspekte meiner Arbeit. Herrn Christian Hochgrebe bin ich für seine unverzichtbare Hilfe bei allen computertechnischen Problemen dankbar. Ganz herzlich danke ich schließlich Frau Dr. Reyhan Ulrich für ihre selbstlose Unterstützung in allen Lebenslagen.

Mein persönlicher Dank aber gilt meinen Eltern, die mir mein Studium ermöglicht, mich in jeder Hinsicht gefördert und immer an mich geglaubt haben. Für ihren Beistand und stetigen Rückhalt bin ich ihnen sehr verbunden. Meiner Mutter danke ich außerdem für das geduldige Korrekturlesen des Manuskripts.

Diese Arbeit ist meinen Eltern und meinem Bruder Daniel gewidmet.

Göttingen, im September 2005

Johanna Schrammen

Inhaltsübersicht

Einleitung

1. Teil: Die internationale Gerichtszuständigkeit

- A. Rechtsquellen
- B. Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit anhand der Vorschriften der EuGVVO
- C. Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit anhand der Vorschriften des EuGVÜ und LugÜ
- D. Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit anhand des deutschen Internationalen Zivilprozessrechts

2. Teil: Das anwendbare Recht

- A. Rechtsquellen
- B. Bestimmung des anwendbaren Rechts anhand der Vorschriften des CISG
- C. Bestimmung des anwendbaren Rechts anhand der Vorschriften des EGBGB
- D. Bedeutung des Herkunftslandprinzips gem. § 4 TDG für die Bestimmung des anwendbaren Rechts

Zusammenfassung der Ergebnisse

Schlussbetrachtung und Ausblick

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Einleitung	1
1. Teil: Die internationale Gerichtszuständigkeit	3
A. Rechtsquellen	3
B. Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit anhand der Vorschriften der EuGVVO	5
I. Allgemeines	5
II. Anwendungsbereich	6
1. Sachlicher Anwendungsbereich	6
2. Persönlicher Anwendungsbereich	7
3. Zeitlicher Anwendungsbereich	7
4. Grenzüberschreitender Bezug	8
a) Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO	9
b) Teleologische Reduktion	10
c) Berücksichtigung der Rechtsnatur und der Rechtsgrundlage der EuGVVO	11
d) Ergebnis	12
III. Allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes gem. Artt. 2 Abs. 1, 60 Abs. 1 EuGVVO	13
1. Wohnsitz einer Gesellschaft oder juristischen Person	13
a) Definition der Kriterien des Art. 60 Abs. 1 EuGVVO.....	14
b) Anwendung auf Gesellschaften mit Geschäftstätigkeit im Internet	15
aa) Bestehen einer Hauptniederlassung.....	16
(1) Operationszentrum für den Warenversand	16
(2) Server.....	17
(3) Webseite als „virtuelle Hauptniederlassung“	19
bb) Ergebnis	21
2. Grenzüberschreitender Bezug	21
a) Streitstand bezüglich Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ	22
b) Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO und Erwägungsgründe	23

c) Berücksichtigung der Rechtsnatur und der Rechtsgrundlage der EuGVVO	23
d) <i>Group Josi</i> -Rechtsprechung des EuGH	25
e) Zwischenergebnis	25
f) Bestimmung anhand der Umstände des Einzelfalls	26
3. Ergebnis	26
IV. Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVVO	27
1. Gerichtsstand am Liefer- oder Dienstleistungsort gem. Art. Nr. 1 lit. b EuGVVO	28
a) Kaufvertrag über eine bewegliche Sache gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b	
1. Spiegelstrich EuGVVO	29
aa) Verträge über den Erwerb eines elektronischen Leistungsgegenstandes	
im Wege der Online-Übertragung	30
(1) Rechtsnatur des Vertrages	30
(a) Rechtsnatur von Software	31
(b) Begriff der „Sache“ iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO	33
(aa) Wortlaut	33
(bb) Rechtsverständnis im internationalen Einheitsrecht	34
(cc) Auslegung im Lichte des EG-Vertrages	36
(dd) Ergebnis	37
(c) Gleichbehandlung aufgrund wirtschaftlicher Betrachtungsweise	38
(2) Ergebnis	42
(3) Exkurs: Verträge zur Überlassung von Standardsoftware auf einem	
körperlichen Datenträger	42
bb) Bestimmung des Erfüllungsortes	44
(1) Vereinbarung über den Erfüllungsort	45
(a) Zulässigkeit	45
(b) Wirksamkeitsvoraussetzungen	47
(c) Ergebnis	49
(2) Kriterien bei fehlender Vereinbarung über den Erfüllungsort	49
(3) Anwendung auf Kaufverträge im Internet	50
(4) Ergebnis	52
b) Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b	
2. Spiegelstrich EuGVVO	52
aa) Einordnung von Verträgen zur Softwareüberlassung	53
(1) Überlassung von Individualsoftware auf einem körperlichen Datenträger ...	53

XIII

(2) Softwareüberlassung im Wege der Online-Übertragung.....	53
(3) Ergebnis	55
bb) Bestimmung des Dienstleistungsortes	55
cc) Ergebnis.....	57
2. Auffangtatbestand des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO.....	57
a) <i>Tessili-</i> und <i>De Bloos-</i> Rechtsprechung des EuGH.....	57
b) Anwendungsbereich.....	58
c) Ergebnis.....	60
V. Besonderer Gerichtsstand der Niederlassung gem. Art. 5 Nr. 5 EuGVVO	61
1. Bestehen einer Niederlassung	61
2. Betriebsbezogenheit der Streitigkeit	62
3. Ergebnis.....	63
VI. Verbrauchergerichtsstand gem. Art. 15 iVm. Art. 16 EuGVVO.....	64
1. Verbrauchervertrag.....	65
a) Erkennbarkeit des Vertragszwecks für den Leistenden	66
aa) Typischer Verwendungszweck für die Ware	67
bb) Verwendung einer geschäftlichen Email-Adresse oder Lieferadresse	67
cc) Guter Glaube an das Nichtvorliegen eines Verbrauchervertrages	68
b) Ergebnis	70
2. Vertragsgegenstand	70
a) Teilzahlungskauf und Finanzierungskauf gem. Art. 15 Abs. 1 lit. a und lit. b EuGVVO.....	70
b) Auffangtatbestand gem. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO	72
3. Besondere Anforderungen an den Vertragsabschluss gem. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO.....	73
a) Ausübung oder Ausrichtung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit.....	74
aa) Berufliche oder gewerbliche Tätigkeit	74
bb) Ausübung im Wohnsitzstaat des Verbrauchers	75
(1) Email-Kommunikation	76
(2) Kommerzielle Webseite	76
cc) Ausrichtung auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers.....	77
(1) Erfordernis der Zielgerichtetheit	77
(2) Anwendung auf Verträge im Internet.....	78
(a) Email-Kommunikation	78

(b) Webseite im WWW	79
(aa) Reise des Verbrauchers ins „virtuelle Ausland“	80
(bb) Ausrichtung ausschließlich auf den Sitzstaat des Unternehmens.....	81
(cc) Ausrichtung auf den Staat des Server-Standorts.....	82
(dd) Ausrichtung auf jeden Staat der Welt.....	82
(aaa) Rechnen müssen mit der weltweiten Abrufbarkeit einer Webseite ...	83
(bbb) Vereinbarkeit der Risikoverteilung mit dem Zweck der	
Artt. 15 ff. EuGVVO.....	84
(ccc) Ergebnis.....	88
(ee) Erkennbare Beschränkung der Webseite auf bestimmte Staaten.....	88
(aaa) Grundlegende Unterscheidung zwischen einer aktiven und	
einer passiven Webseite	89
(bbb) Tatsächlicher Vertragsschluss mit einem Verbraucher in	
diesem Staat.....	92
(ccc) Top Level Domain	94
(ddd) Sprache der Webseite	94
(eee) Währung	96
(fff) Charakter der beworbenen Leistung.....	97
(ggg) Ausdrückliche Klarstellung durch den Warenanbieter.....	98
(ff) Ergebnis	99
b) Vertrag aus dem Bereich der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit	
des Anbieters	100
aa) Zusammenhang zwischen der geschäftlichen Tätigkeit und dem Vertrag.....	100
bb) Gesetzgeberischer Wille des Ordnungsgebers.....	102
cc) Kritische Würdigung	103
dd) Ergebnis	105
4. Fazit.....	106
VII. Gerichtsstandsvereinbarungen gem. Art. 23 EuGVVO.....	107
1. Grenzüberschreitender Bezug	107
a) Streitstand.....	108
b) Kritische Würdigung.....	110
c) Definition des grenzüberschreitenden Bezuges zu einem weiteren	
Mitgliedstaat.....	111
d) Ergebnis	112

2. Wirksame Einigung der Parteien.....	112
a) Maßstab	113
b) Einheitsrechtliche Voraussetzungen	115
c) Ergebnis.....	117
3. Schriftformerfordernis gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO	117
a) Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO	118
aa) Elektronische Übermittlungen.....	119
bb) Dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung	120
b) Anwendung auf elektronische Vereinbarungen via Internet	121
aa) Austausch von Emails	121
bb) Zustimmung zu den AGB des Anbieters per Mausclick	122
(1) Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung der Gerichtsstandsklausel	122
(2) Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung der Zustimmung.....	122
(3) Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung der Annahmeerklärung	124
(4) Ergebnis	125
4. Formunabhängige Voraussetzungen der Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel	125
a) Einheitsrechtliche Grundsätze.....	126
aa) Hinweis auf die AGB	127
bb) Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme.....	127
b) Anwendung der einheitsrechtlichen Grundsätze auf den Vertragsabschluss im Internet	129
aa) Einbeziehung von AGB bei einer Online-Warenbestellung	129
(1) Verursachung von Telefonkosten.....	130
(2) Bloßer Link auf eine Webseite mit dem AGB-Volltext.....	131
(3) Nachträgliche Abänderbarkeit elektronischer AGB.....	132
bb) Einbeziehung von AGB im Rahmen einer Email-Korrespondenz	132
cc) Ergebnis.....	133
c) Besonderheiten bei Verwendung fremdsprachiger AGB.....	133
aa) Vom Kunden nachweislich beherrschte Sprache	134
bb) Sprache am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kunden	135
cc) Verwendung einer Weltsprache	135
dd) Verhandlungs- und Vertragssprache.....	136
ee) Ergebnis.....	137

d) Missbrauchskontrolle nach ungeschriebenem Einheitsrecht	138
aa) Allgemeiner Maßstab für eine Missbrauchskontrolle	138
bb) Konkretisierung durch Anwendung der Vorgaben in der Klausel-Richtlinie .	141
(1) Rechtsprechung des EuGH im Urteil <i>Océano Grupo Editorial</i>	141
(2) Das Normenverhältnis zwischen der EuGVVO und der Klausel-Richtlinie.	143
(a) Lex posterior-Prinzip	143
(b) Grundsatz der Spezialität	143
(3) Ergebnis	145
cc) Anwendungsfälle der Missbrauchskontrolle bei einem Vertragsschluss	
im Internet	145
(1) Unlautere Gestaltung der Webseite	146
(2) Ergebnis	148
e) Kollidierende Gerichtsstandsklauseln in AGB	148
aa) Einheitsrechtliche Lösungsansätze	149
bb) Anwendung auf den Vertragsschluss im Internet	150
cc) Ergebnis	150
5. Internationaler Handelsbrauch gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. c EuGVVO.....	151
a) Elektronische Gerichtsstandsvereinbarungen als Handelsbrauch	151
b) Ergebnis	153
6. Besonderheiten bei Verbraucherverträgen gem. Art 23 Abs. 5 iVm. Art. 17	
EuGVVO	153
7. Ergebnis	154
VIII. Zusammenfassung	154
C. Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit anhand der Vorschriften	
des EuGVÜ und LugÜ	155
I. Anwendungsbereich	156
II. Allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes bzw. Sitzes gem. Artt. 2 Abs. 1,	
53 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ	156
III. Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ	158
1. Bestimmung des Erfüllungsortes	158
a) Auslegungskompetenz des EuGH	158
b) <i>Tessili-</i> und <i>De Bloos-</i> Rechtsprechung des EuGH	159
c) Exkurs: Bestimmung des Erfüllungsortes nach deutschem Recht	159
2. Vereinbarungen über den Erfüllungsort	161

IV. Besonderer Gerichtsstand der Niederlassung gem. Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ/LugÜ	161
V. Zuständigkeit für Verbrauchersachen gem. Art. 13 iVm. Art. 14 EuGVÜ/LugÜ	162
1. Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ	162
a) Vertragsgegenstand	162
b) Umstände des Vertragsabschlusses gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ	163
aa) Angebot oder Werbung im Wohnsitzstaat des Verbrauchers	
gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a EuGVÜ/LugÜ	163
(1) Zielgerichtetheit	164
(2) Initiative des Anbieters	164
(a) Regelungszweck und Schutzwürdigkeit des Verbrauchers	165
(b) Anwendung auf Vertragsabschlüsse im Internet	166
bb) Erforderliche Rechtshandlungen des Verbrauchers in seinem	
Wohnsitzstaat gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ/LugÜ	167
(1) Rechtshandlung im Wohnsitzstaat des Verbrauchers	168
(a) Teleologische Reduktion	169
(b) Ergebnis	171
(2) Zusammenhang zwischen Angebot bzw. Werbung und Vertragsschluss	172
2. Ergebnis	172
VI. Gerichtsstandsvereinbarungen gem. Art. 17 EuGVÜ/LugÜ	173
1. Schriftformerfordernis gem. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ/LugÜ	173
a) Anforderungen an die Schriftform	174
aa) Unterschriftserfordernis	174
bb) Reproduzierbarkeit als Text	175
b) Anwendung auf elektronische Vereinbarungen via Internet	176
aa) Email-Korrespondenz	176
(1) Unterschriftenfordernis	176
(2) Anforderungen an die elektronische Unterschrift in einer Email	178
(3) Ergebnis	180
bb) Zustimmung per Mausklick zu den AGB des Anbieters	180
(1) Reproduzierbarkeit als Text	180
(2) Formerleichterung der Halbschriftlichkeit gem. Art. 17 Abs. 1	
Satz 2 lit. a Alt. 2 EuGVÜ/LugÜ	182
(3) Ergebnis	183
2. Vergleich mit der Rechtslage unter Geltung des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO	183

XVIII

VII. Zusammenfassung	184
D. Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit anhand des deutschen Internationalen Zivilprozessrechts	184
I. Allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes bzw. Sitzes gem. §§ 12, 13, 17 ZPO	185
II. Besonderer Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung gem. § 21 ZPO	186
1. Niederlassung	186
2. Beziehung der Klage zum Geschäftsbetrieb der Niederlassung	187
III. Besonderer Gerichtsstand des Vermögens gem. § 23 Satz 1 Alt. 1 ZPO	187
1. Vermögensrechtliche Klage	188
2. Beklagter ohne Wohnsitz im Inland	188
3. Vermögen des Beklagten in Deutschland	189
a) Begriff des Vermögens	189
b) Lokalisierung des Vermögens	191
4. Hinreichender Inlandsbezug des Rechtsstreits	192
a) Kriterien	192
b) Anwendung auf Verträge im Internet	193
5. Ergebnis	194
IV. Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. § 29 ZPO	195
1. Gerichtsstand des gesetzlichen Erfüllungsortes gem. § 29 Abs. 1 ZPO	195
2. Gerichtsstand des vereinbarten Erfüllungsortes gem. § 29 Abs. 2 ZPO	195
V. Besonderer Gerichtsstand für Haustürgeschäfte gem. § 29c ZPO	196
1. Haustürgeschäft iSd. § 312 BGB	196
a) Anwendbarkeit des deutschen materiellen Sachrechts für Haustürgeschäfte	196
b) Vertrag über eine entgeltliche Leistung	198
c) Abschlussmodalitäten gem. § 312 Abs. 1 BGB	198
aa) Vertragsabschluss gem. § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB	198
bb) Vertragsabschluss gem. § 312 Abs. 1 Nr. 2 BGB	199
cc) Vertragsabschluss gem. § 312 Abs. 1 Nr. 3 BGB	200
dd) Ergebnis	202
d) Umgehungsverbot gem. § 312 f Satz 2 BGB	202
aa) Anwendbarkeit des Gerichtsstandes gem. § 29c ZPO	202
bb) Geschäft unter Umgehung von § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB	204
cc) Geschäft unter Umgehung von § 312 Abs. 1 Nr. 2 BGB	206
dd) Geschäft unter Umgehung von § 312 Abs. 1 Nr. 3 BGB	206

2. Ergebnis.....	206
VI. Gerichtsstandsvereinbarungen gem. § 38 ZPO.....	207
1. Gerichtsstandsvereinbarungen bei Auslandssachverhalten gem. § 38 Abs. 2 ZPO.....	207
a) Abgrenzung zu Art. 23 EuGVVO.....	208
b) Zulässigkeit der Vereinbarung.....	209
aa) Schriftform gem. § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO.....	209
(1) Voraussetzungen.....	210
(2) Neuregelung für elektronische Übermittlungen in Art. 23 Abs. 2 EuGVVO.....	211
bb) Ergebnis	213
2. Vollkaufmännische Prorogation gem. § 38 Abs. 1 ZPO.....	214
a) Anwendbarkeit von § 38 Abs. 1 ZPO auf Auslandssachverhalte	214
b) Ergebnis	216
VII. Exkurs: Sachliche und örtliche Zuständigkeit bei internationaler Zuständigkeit eines deutschen Gerichts	216
VIII. Zusammenfassung	218
2. Teil: Das anwendbare Recht	219
A. Rechtsquellen	219
B. Bestimmung des anwendbaren Rechts anhand der Vorschriften des CISG.....	220
I. Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts gem. Art. 1 CISG.....	220
1. Sachlicher Anwendungsbereich: Kaufvertrag über Waren.....	221
a) Waren	221
aa) Software als Ware iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG	221
(1) Grammatikalische Auslegung.....	222
(2) Systematische Auslegung.....	225
(3) Historische Auslegung.....	225
(4) Teleologische Auslegung	226
(5) Zwischenergebnis	227
(6) Vergleich mit der rechtlichen Beurteilung im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO	227
bb) Ergebnis	228
b) Kaufvertrag oder Werklieferungsvertrag.....	229
aa) Vertrag über den Erwerb von Standardsoftware	230

bb) Vertrag zur Erstellung und Überlassung von Individualsoftware.....	230
c) Kein Verbrauchervertrag gem. Art. 2 lit. a CISG	233
d) Ergebnis	234
2. Persönlicher Anwendungsbereich: Niederlassung der Parteien in verschiedenen Staaten gem. Art. 1 Abs. 1 CISG	234
a) Begriff der Niederlassung	235
b) Erkennbarkeit gem. Art. 1 Abs. 2 CISG	235
aa) Vertragsverhandlungen und Vertragsschluss per Email	236
(1) Email-Adresse	236
(2) Verwendung einer Signatur	237
bb) Vertragsschluss per Mausklick auf einer kommerziellen Webseite	238
(1) Angaben auf dem Lieferschein oder der Rechnung	238
(2) Pflichtangaben auf der Webseite gem. Art. 4 der Fernabsatz-Richtlinie und Art. 5 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie.....	238
(3) Internet-Adresse der Webseite.....	240
c) Ergebnis.....	241
3. Räumlicher Anwendungsbereich: Vertragsstaatenbezug des Kaufvertrages.....	241
a) Verschiedene Vertragsstaaten gem. Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG	242
b) Anknüpfung des Rechts eines Vertragsstaates anhand nationalen Kollisionsrechts gem. Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG.....	243
4. Regelungsumfang des UN-Kaufrechts.....	244
II. Ausschluss des UN-Kaufrechts durch die Parteien gem. Art. 6 CISG.....	244
1. Übereinstimmende Willenserklärungen.....	245
a) Wirksames Angebot	245
b) Annahme	246
c) Besonderheiten bei stillschweigendem Ausschluss	247
2. Ausschlussklausel in AGB	248
a) Anforderungen an eine wirksame Einbeziehung	248
aa) Hinweis auf die AGB	249
bb) Möglichkeit der Kenntnisnahme.....	250
(1) Übersendungspflicht.....	251
(a) Vergleich mit der Einbeziehungskontrolle im deutschen Recht.....	251
(b) Vereinheitlichte internationale Klauselwerke	253
(c) Zweck des Übereinkommens.....	254

(d) Ergebnis	255
(2) Sprache der AGB	255
b) Anwendbarkeit auf Vertragsabschlüsse via Internet.....	255
aa) Begriff des Übersendens	256
bb) Anderweitiges Zugänglichmachen.....	256
c) Ergebnis.....	257
3. Besonderheiten bei kollidierenden Rechtswahlklauseln in AGB	257
a) Gegenangebot gem. Art. 19 Abs. 1 CISG.....	258
b) Zustandekommen des Vertrages	258
aa) Konkludente Annahme des Gegenangebots.....	259
bb) Partieller Dissens und Restgültigkeit des Vertrages	260
c) Ergebnis.....	261
III. Anwendbarkeit der materiellen Regelungen des CISG auf einen elektronischen Vertrag	261
1. Wirksames Zustandekommen des Kaufvertrages	261
2. Pflichten bei Inanspruchnahme eines Rechtsbehelfs wegen Vertragsverletzung ...	262
a) Schriftformerfordernis kraft Parteivereinbarung.....	262
aa) Anforderungen.....	263
bb) Anwendung auf Erklärungen via Internet.....	263
b) Ergebnis	266
IV. Zusammenfassung.....	266
C. Bestimmung des anwendbaren Rechts anhand der Vorschriften des EGBGB	267
I. Allgemeines	267
II. Rechtswahl gem. Art. 27 EGBGB.....	268
1. Wirksamkeit der Rechtswahl	269
a) Ausdrückliche Rechtswahl gem. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 EGBGB.....	270
aa) Exkurs: Wirksamkeit einer ausdrücklichen Rechtswahl nach deutschem Recht.....	270
(1) Wirksamwerden elektronisch übermittelter Willenserklärungen durch Zugang.....	271
(a) Anwendbarkeit der Zugangsregelung des § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB	272
(aa) Anwendbarkeit auf sämtliche elektronisch abgeschlossenen Verträge .	272
(bb) Ergebnis	273
(b) Allgemeine Voraussetzungen des Zugangs.....	274

(aa) Machtbereich des Empfängers	274
(bb) Zeitpunkt des Zugangs.....	275
(aaa) Willenserklärung per Email	275
(α) Geschäftsmann als Erklärungsempfänger	275
(β) Privatperson als Erklärungsempfänger.....	276
(bbb) Willenserklärung per Mausklick im WWW	276
(α) Vorhandensein einer Standleitung	277
(β) 24-Stunden-Service	278
(cc) Ergebnis	279
(2) Zustandekommen des Rechtswahlvertrages gem. §§ 145 ff. BGB	279
(a) Erklärung von Angebot und Annahme via Internet.....	279
(b) Annahme unter Zugangsverzicht gem. § 151 Satz 1 BGB.....	280
(aa) Annahme in der Zugangsbestätigung iSd. § 312e Abs. 1	
Satz 1 Nr. 3 BGB.....	281
(aaa) Anwendbarkeit	282
(bbb) Unverzögliche Erklärung der Annahme	282
(bb) Ergebnis	283
(c) Annahmefrist gem. § 147 Abs. 2 BGB.....	283
(d) Ergebnis	285
(3) Rechtswahlklausel in elektronischen AGB	285
(a) Einbeziehungskontrolle gem. § 305 BGB	286
(aa) Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	286
(bb) Maßstab des § 305 Abs. 2 BGB	287
(aaa) Ausdrücklicher Hinweis.....	288
(α) Korrespondenz der Parteien per Email	288
(β) Vertragsschluss mittels eines Bestellformulars auf einer Webseite..	288
(γ) Ergebnis	290
(bbb) Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme.....	290
(α) Übertragbarkeit der Anforderungen der Btx-Rechtsprechung.....	291
(β) Ergebnis.....	293
(cc) Einverständnis	294
(dd) Besonderheiten bei einem Vertrag zwischen zwei Unternehmern.....	295
(aaa) Hinweis auf die AGB	296
(bbb) Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme.....	296

(ccc) Zustimmung	298
(ee) Ergebnis	298
(b) Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB	299
bb) Zwischenergebnis	300
cc) Kollidierende Rechtswahlklauseln in AGB	301
(1) Beide Rechtswahlverträge sind unwirksam.....	302
(2) Eine Rechtswahl ist wirksam, die andere unwirksam	304
(3) Beide Rechtswahlverträge sind wirksam.....	304
b) Konkludente Rechtswahl gem. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 EGBGB	305
aa) Vereinbarungen des Hauptvertrages	305
bb) Besondere Umstände des Vertragsschlusses	306
cc) Ergebnis.....	307
2. Das zu wählende Recht	307
a) Wahl eines neutralen Rechts	308
b) Wahl eines außerstaatlichen Regelwerks.....	309
aa) Wahl eines transnationalen Cyberlaw	309
(1) Vergleichbarkeit mit der Wahl der Lex mercatoria.....	310
(2) Übertragung des Meinungsstandes zur Wahl der Lex mercatoria auf die Wahl des Cyberlaw	311
(a) Vorrang des Cyberlaw gegenüber staatlichem Recht	312
(b) Cyberlaw als Recht iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB	313
(3) Ergebnis	315
bb) Wahl des UNCITRAL-Modellgesetzes zum Elektronischen Geschäftsverkehr	315
c) Ergebnis.....	316
3. Geltung der intern zwingenden Vorschriften einer anderen Rechtsordnung gem. Art. 27 Abs. 3 EGBGB.....	316
a) Anwendungsbereich.....	317
b) Voraussetzungen	317
c) Anwendung auf einen elektronisch abgeschlossenen Vertrag	318
4. Ergebnis.....	319
III. Objektive Anknüpfung gem. Art. 28 EGBGB	319
1. Anknüpfung an die engste Verbindung.....	320

2. Regelanknüpfung an die charakteristische Leistung gem. Art. 28 Abs. 2	
EGBGB	321
a) Gewöhnlicher Aufenthalt bzw. Hauptverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2	
Satz 1 EGBGB	322
b) Niederlassung gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB.....	323
aa) Begriff der Niederlassung	324
bb) Anwendung auf Internet-Sachverhalte	324
cc) Rückgriff auf Art. 28 Abs. 1 EGBGB wegen fehlender	
Erkennbarkeit der Niederlassung	325
3. Ausweichklausel gem. Art. 28 Abs. 5 EGBGB	327
a) Kriterien	327
b) Anwendung auf Verträge im Internet	328
4. Ergebnis.....	330
IV. Sonderanknüpfung bei Verbraucherverträgen gem. Art. 29 EGBGB	331
1. Verbrauchervertrag.....	332
a) Vertragsgegenstand	332
b) Verwendungszweck	333
c) Vertrag zwischen zwei Verbrauchern	334
2. Die Abschlussmodalitäten gem. Art. 29 Abs. 1 Nr. 1-3 EGBGB	336
a) Ausdrückliches Angebot oder Werbung und Vornahme der	
erforderlichen Rechtshandlungen des Verbrauchers in dessen	
Aufenthaltsstaat gem. Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB	336
b) Entgegennahme der Bestellung des Verbrauchers gem. Art. 29 Abs. 1	
Nr. 2 EGBGB	337
aa) Körperliche Anwesenheit des Vertragspartners	338
bb) Entgegennahme am Bildschirm des Verbrauchers	339
cc) Verzicht auf die Voraussetzung der Entgegennahme.....	340
dd) Zugang von mündlichen oder schriftlichen Erklärungen.....	341
(1) Ort des Zugangs.....	341
(a) Standort des Servers mit dem Email-Postfach.....	342
(b) Länderkennung in der Email-Adresse	342
(c) Sitz des Anbieters	343
(2) Ergebnis	344

c) Bestellung der Waren im Staat des Anbieters gem. Art. 29 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB	344
d) Ergebnis	345
3. Rechtsfolge.....	346
a) Rechtsfolge bei Rechtswahl der Parteien gem. Art. 29 Abs. 1 EGBGB.....	346
b) Rechtsfolge bei fehlender Rechtswahl der Parteien gem. Art. 29 Abs. 2 EGBGB	346
c) Exkurs: Zwingende Verbraucherschutznormen des deutschen Rechts.....	347
4. Ergebnis.....	349
V. Sonderanknüpfung zum Schutz des Verbrauchers gem. Art. 29a EGBGB	350
1. Sachlicher Anwendungsbereich	350
a) Beschränkung durch Art. 29a Abs. 4 EGBGB auf bestimmte Verträge.....	351
b) Ergebnis	352
2. Persönlicher Anwendungsbereich	352
3. Enger Zusammenhang zu dem Gebiet eines Mitgliedstaats.....	352
a) Regelbeispiel gem. Art. 29a Abs. 2 EGBGB	353
aa) Öffentliches Angebot in einem EU- bzw. EWR-Staat gem. Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB.....	353
(1) Öffentliches Angebot oder öffentliche Werbung	353
(2) Entfaltung in einem EU- bzw. EWR-Staat.....	354
(a) Zielgerichtetheit	355
(aa) Entfaltung der geschäftlichen Tätigkeit	355
(bb) Anwendung auf eine kommerzielle Webseite	355
(b) Ergebnis	357
(3) Kausalzusammenhang	357
bb) Gewöhnlicher Aufenthalt der anderen Vertragspartei in einem EU- oder EWR-Staat gem. Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB.....	359
(1) Ort der Abgabe der auf den Vertragsschluss gerichteten Erklärung	359
(a) Wortlaut der Norm.....	360
(b) Regelungszweck	360
(2) Übereinstimmung mit der teleologischen Reduktion des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB	361
b) Ergebnis	362
4. Rechtsfolge.....	362

a) Fehlen eines Günstigkeitsvergleichs	363
b) Unzutreffende oder weitergehende Umsetzung des Richtlinienrechts	364
5. Verhältnis der Norm zu Art. 29 EGBGB	365
a) Streitstand.....	366
b) Stellungnahme.....	366
c) Anwendungsbereich des Art. 29a EGBGB im Hinblick auf Verträge im Internet	368
6. Ergebnis.....	369
VI. Geltung der international zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts gem. Art. 34 EGBGB	370
1. Verbraucherschützende Normen	371
a) Verhältnis von Art. 34 EGBGB zu Artt. 29, 29a EGBGB.....	372
b) Gefahr der Umgehung der Artt. 29, 29a EGBGB.....	373
2. Ergebnis.....	374
VII. Formfragen	374
1. Anknüpfung gem. Art. 11 Abs. 1 EGBGB	375
2. Anknüpfung gem. Art. 11 Abs. 2 EGBGB bei Distanzgeschäften	375
3. Sonderregelung für Verbraucherverträge gem. Art. 29 Abs. 3 EGBGB.....	376
4. Ergebnis.....	377
VIII. Zusammenfassung	377
D. Bedeutung des Herkunftslandprinzips gem. § 4 TDG für die Bestimmung des anwendbaren Rechts	378
I. Anwendungsbereich des TDG	380
II. Regelungsgehalt des Herkunftslandprinzips	380
1. Kollisionsrechtliche Norm	381
2. Sachrechtliches Korrektiv	381
3. Konstruktion zwischen Kollisionsrecht und sachrechtlichem Korrektiv	382
4. Kritische Würdigung	382
5. Ergebnis.....	386
III. Auswirkungen auf das Kollisionsrecht	386
1. Art der Verweisung	387
2. Geltung des Herkunftslandprinzips im Anwendungsbereich der Artt. 27 ff. EGBGB	388
3. Ergebnis.....	391

IV. Zusammenfassung.....	391
Zusammenfassung der Ergebnisse	393
Schlussbetrachtung und Ausblick.....	401
Literaturverzeichnis.....	405

Abkürzungsverzeichnis

ABl.EU	Amtsblatt der Europäischen Union
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
All. E.R.	All England Law Reports
Aktual.bd.	Aktualisierungsband
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Artt.	Artikel (Plural)
B & Ald	Barnewall and Alderson
BerDGesVöR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
Btx	Bildschirmtext
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Cir.	Circuit
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CRi	Computer Law Review International
CMLR	Common Market Law Review
D.C.C.	U.S. District Court for the District of Columbia
D. Conn.	U.S. District Court for the District of Connecticut
ders.	derselbe
dies.	dieselben
D. Mass.	U.S. District Court for the District of Massachusetts
D.N.J.	U.S. District Court for the District of New Jersey
E-	Electronic
EAG	Einheitliches Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen vom 17. Juli 1973
ECRL	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (E-Commerce-Richtlinie)
E.D. Mo.	U.S. District Court for the Eastern District of Missouri

EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Maasrichter Fassung)
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZPR	Europäisches Zivilprozessrecht / EU-Zivilprozessrecht
EuZVR	Europäisches Zivilverfahrensrecht
EVÜ	Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980
FARL	Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatz-Richtlinie)
F. 2d	West's Federal Reporter, Second Series
F. 3d	West's Federal Reporter, Third Series
F. Supp.	West's Federal Supplement
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
Int. J. L. Inf. Tech.	International Journal of Law and Information Technology
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
LugÜ	Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988
MK-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MK-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
S.D.N.Y.	U.S. District Court for the Southern District of New York
SLT	Scots Law Times
TDG	Teledienstegesetz
UCC	Uniform Commercial Code
U.S.	United States Supreme Court Reports

WLR	Weekly Law Reports
WWW	World Wide Web
Yb. Eur. L.	Yearbook of European Law
ZZP Int	Zeitschrift für Zivilprozess international

Hier nicht genannte Abkürzungen folgen:

Kirchner, Hildebert; Butz, Cornelia: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage,
Berlin 2003.

Einleitung

Das Internet überwindet alle nationalen Grenzen und fördert damit als weltumspannendes Netzwerk eine weltweite Kommunikation. Auf diese Weise vereinfacht es auch die Aufnahme internationaler Geschäftsbeziehungen unter Kaufleuten, ferner die grenzüberschreitende Kontaktaufnahme zwischen Anbietern von Waren und Verbrauchern. Das Kommunikationsmedium Internet begünstigt somit in besonderem Maße den Abschluss von grenzüberschreitenden Verträgen, also von Verträgen zwischen Parteien, die in verschiedenen Staaten ihren Wohnsitz haben.

Solche Verträge sind der Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Sie befasst sich mit der Frage, welche Probleme der Rechtsanwendung sich aus dem Umstand ergeben, dass ein grenzüberschreitender Vertrag auf elektronischem Wege, d.h. via Internet, geschlossen wurde.

Ausgangspunkt der Überlegungen soll dabei jene praktisch bedeutsame Fallgestaltung sein, dass sich die Parteien eines grenzüberschreitenden, elektronisch abgeschlossenen Vertrages um Rechte und Pflichten aus ihrem Vertragsverhältnis streiten und eine Klärung ihres Rechtsstreits vor Gericht anstreben. Dann stellen sich bei grenzüberschreitenden Verträgen zunächst zwei zentrale Rechtsfragen: zum einen die Frage, welches nationale Gericht für den Rechtsstreit zuständig ist; zum anderen die Frage, welches nationale Recht an den Sachverhalt anzuknüpfen ist. Diesen beiden Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

Dabei ist der besondere Umstand zu berücksichtigen, dass ein Vertragsschluss via Internet die Anwendung der Regelungen der internationalen Gerichtszuständigkeit und der Vorschriften zur Bestimmung des anwendbaren Rechts auf vielfältige Weise erschwert. Denn die einschlägigen Normen des Internationalen Zivilprozessrechts und des Internationalen Privatrechts tragen nur vereinzelt den Eigenheiten der elektronischen Kommunikation und des elektronischen Geschäftsverkehrs Rechnung. Der Abschluss eines grenzüberschreitenden Vertrages im Internet stellt den Rechtsanwender bei der Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit und des anwendbaren Rechts somit vor zahlreiche Probleme, für die bislang noch keine befriedigenden Lösungen gefunden worden sind.

Jene Rechtsanwendungsprobleme sollen in der vorliegenden Arbeit dargestellt und jeweils einer Lösung zugeführt werden. Dabei ist der Gang der Untersuchung wie folgt: Im ersten Teil der Arbeit werden die Rechtsanwendungsprobleme bei der Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit erörtert. Dies erfolgt anhand der in Deutschland anwendbaren Vor-

schriften des Internationalen Zivilprozessrechts. Im zweiten Teil werden dann die Probleme der Rechtsanwendung bei der Ermittlung des anwendbaren Sachrechts untersucht, und zwar unter Zugrundelegung der deutschen Kollisionsnormen. Mögliche Lösungsansätze werden entwickelt und diskutiert.

Der Schwerpunkt der Darstellung liegt in beiden Teilen auf jenen Fragestellungen, die sich gerade aus dem Umstand ergeben, dass die Parteien ihren Vertrag via Internet *abgeschlossen* haben. Daneben werden aber auch die Eigentümlichkeiten einer elektronischen *Erfüllung* des Vertrages, d.h. einer Erfüllung im Wege der Online-Übertragung von Daten, einer rechtlichen Würdigung unterzogen. Der Vollständigkeit halber werden außerdem andere grundlegende Rechtsfragen erörtert und einer Klärung zugeführt, soweit sie sich im Anwendungsbereich der Vorschriften des Internationalen Zivilprozessrechts und des Internationalen Privatrechts für die hier zugrunde gelegte Fallgestaltung ebenfalls stellen.

Die Ergebnisse der Untersuchung werden anschließend in einer Zusammenfassung präsentiert. In einem Ausblick finden ferner aktuelle Vorhaben zur internationalen Rechtsharmonisierung seitens der Europäischen Gemeinschaft, der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht und der Vereinten Nationen Erwähnung, die in Zukunft für die Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit und des anwendbaren Rechts zentrale Bedeutung erlangen können.

1. Teil: Die internationale Gerichtszuständigkeit

Die Erarbeitung der Rechtsanwendungsprobleme, die sich bei grenzüberschreitenden Verträgen im Internet stellen, beginnt mit der Frage nach der internationalen Gerichtszuständigkeit. Die Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit ist die grundlegende Weichenstellung für die materiellrechtliche Beurteilung von Verträgen im Internet. Das zuständige Gericht entscheidet nämlich anhand der in seinem Staat geltenden Kollisionsnormen über die Frage, welches materielle Recht an den Vertrag anzuknüpfen ist.¹ Daher gebührt der Frage nach der internationalen Gerichtszuständigkeit der Vorrang vor der Bestimmung des anwendbaren Rechts.² In der Abwägung, ob eine Rechtsverfolgung vor Gericht Erfolg verspricht, gibt die internationale Zuständigkeit ferner Aufschluss über das den Prozess beherrschende Verfahrensrecht sowie über die Reichweite der Vollstreckbarkeit eines Urteils.³

A. Rechtsquellen

Rechtsquellen für die Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit finden sich zum einen im einheitlichen europäischen Recht, zum anderen im autonomen deutschen Internationalen Zivilprozessrecht. Europäisches Einheitsrecht stellen in erster Linie die Vorschriften der EuGVVO⁴ dar, ferner die Regelungen des EuGVÜ⁵ und des fast inhaltsgleichen LugÜ⁶. Sie genießen Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht.⁷ Im vorliegenden Kontext ist darüber hinaus an die E-Commerce-Richtlinie (ECRL)⁸ zu denken, die sich den rechtlichen Aspekten des elektronischen Geschäftsverkehrs widmet und gem. Art. 22 Abs. 1

¹ Geimer, IZPR, Rn. 1924; Hüßtege, IPR, S. 14-15; Schack, IZVR, Rn. 215.

² Junker, RIW 1999, 809 (809); Pichler, in: Innenhauser/Wichtermann (Hrsg.), S. 229 (231).

³ Berger, in: Bauknecht/Brauer/Mück (Hrsg.), S. 1002 (1002).

⁴ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG Nr. L 12 vom 16.1.2001, S. 1.

⁵ Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (BGBl. 1972 II, S. 774) idF. des 3. Beitrittsübereinkommens vom 26. Mai 1989 (BGBl. 1994 II, S. 519).

⁶ Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (BGBl. 1994 II, S. 2660).

⁷ Spindler/Börner-Schmidt/Prieß, S. 158. Für die EuGVVO: Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Einl. Rn. 19; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., EuGVVO Vorbem. Rn. 4. Für das EuGVÜ: BGH MDR 1999, 670 (671); Thomas/Putzo-Hüßtege, 23. Aufl., EuGVÜ Vorbem. Rn. 2; Kropholler, EuZPR, 6. Aufl., Einl. Rn. 13.

⁸ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG Nr. L 178 vom 17.7.2000, S. 1.

ECRL bis zum 17. Januar 2002 in nationales Recht umzusetzen war.⁹ Jedoch befasst sich die E-Commerce-Richtlinie gem. Art. 1 Abs. 4 ECRL ausdrücklich nicht mit der Zuständigkeit der Gerichte. Ihre Regelungen, insbesondere das Herkunftslandsprinzip iSd. Art. 3 Abs. 1 ECRL, können demnach bei Fragen der Gerichtszuständigkeit außer Acht gelassen werden.¹⁰ Sofern die vereinheitlichten Vorschriften der EuGVVO oder des EuGVÜ bzw. LugÜ keine Anwendung finden, sind die deutschen Normen über die Gerichtszuständigkeit, d.h. die §§ 12 ff. ZPO, zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit analog heranzuziehen.¹¹

Die EuGVVO ist aus einer Revision des EuGVÜ und des LugÜ hervorgegangen und am 1. März 2002 in Kraft getreten. Ursprünglich sollten diese beiden Übereinkommen selbst reformiert werden.¹² Angesichts des Umstandes, dass Art. 65 EG in der Fassung des Vertrages von Amsterdam für den Rechtsverkehr innerhalb der Europäischen Union inzwischen die Möglichkeit einer EG-Verordnung eröffnet hat¹³, ist die Revision der Übereinkommen jedoch in den Hintergrund getreten. Stattdessen wurde die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.00 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, die EuGVVO, erlassen. Als Rechtsgrundlage für diese Verordnung wird Art. 61 lit. c iVm. Art. 65 lit. a 3. Spiegelstrich EG angeführt¹⁴, wobei jedoch ein Streit entstanden ist über die Frage, ob Art. 65 EG wirklich eine ausreichende Kompetenzgrundlage für die Regelung des Zivilprozessrechts darstellt.¹⁵

Mit Inkrafttreten der EuGVVO am 1. März 2002 hat sich die Rechtslage verändert. Vor dem 1. März 2002 war im Verhältnis zu allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union das EuGVÜ verbindlich. Die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 hat das EuGVÜ aber nun gem. Art. 68 EuGVVO im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit Ausnahme Dänemarks¹⁶ ersetzt. Dänemark beteiligt sich als einziger Mitgliedstaat der EU nicht an der Annahme der Verordnung, die daher für Dänemark nicht bindend und ihm gegenüber nicht anwendbar ist.¹⁷ In allen übrigen Mitgliedstaaten der EU findet die EuGVVO hingegen gem. Art. 76 Satz 2 iVm. Art. 1 Abs. 3 EuGVVO unmittelbare Anwendung. Das EuGVÜ gilt somit

⁹ Vgl. zur deutschen Umsetzung das Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (EGG) vom 14.12.2001, BGBl. 2001 I, S. 3721.

¹⁰ Heß, JZ 2001, 573 (574); Reich/Gambogi Carvalho, VuR 2001, 269 (274); Spindler, NJW 2002, 921 (927).

¹¹ Für die EuGVVO: Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., EuGVVO Vorbem Rn. 4. Für das EuGVÜ: Thomas/Putzo-Hüßtege, 23. Aufl., EuGVÜ Vorb Rn. 4.

¹² Vgl. zu der geplanten Reform Wagner, IPRax 1998, 241 ff.; Kerameus/Prütting, ZZPInt 3 (1998), 265 ff..

¹³ Vgl. die Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 5.

¹⁴ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 5.

¹⁵ Zweifelnd insoweit Jametti Greiner, AJP 1999, 1135 (1136); Kohler, in: Gottwald (Hrsg.), S. 1 (7); Kubis, ZEuP 2001, 737 (748). Bejahend hingegen Besse, ZEuP 1999, 107 (118f.); Heß, NJW 2000, 23 (23); Junker, RIW 2002, 569 (569).

¹⁶ Vgl. Art. 1 Abs. 3 EuGVVO.

¹⁷ Erwägungsgrund 21 der EuGVVO, ABl. EG Nr. L 12 vom 16.1.2001, S. 2f.

nur noch im Verhältnis zu Dänemark¹⁸, zu den außereuropäischen Gebieten der Mitgliedstaaten iSd. Art. 299 EG, für die es in Kraft gesetzt worden ist, und nach Maßgabe des Art. 66 Abs. 2 EuGVVO auch für Altfälle, d.h. für Klagen, die vor dem 1. März 2002 erhoben wurden.¹⁹

Das LugÜ wird von der EuGVVO ebenfalls nur im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten verdrängt. Im Verhältnis zu den übrigen Vertragsstaaten, die nicht EU-Mitgliedstaaten sind, bleibt es hingegen anwendbar.²⁰ An der Geltung des LugÜ hat sich also auch mit Inkrafttreten der EuGVVO nichts geändert: Es findet weiterhin Anwendung im Verhältnis zur Schweiz, zu Norwegen und Island.²¹

B. Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit anhand der Vorschriften der EuGVVO

Da die Vorschriften der EuGVVO das EuGVÜ im Verhältnis zu allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit Ausnahme Dänemarks ersetzt haben und ferner auch dem nationalen Recht vorgehen, ist das EuGVVO bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit vorrangig heranzuziehen.²²

I. Allgemeines

Die EuGVVO übernimmt das System und den Aufbau des EuGVÜ.²³ Der sachliche Anwendungsbereich bleibt der gleiche. Auch die besonderen Gerichtsstände wurden nicht grundlegend verändert. Grundsätzlich sind daher die zum EuGVÜ ergangenen Entscheidungen des EuGH, der im Wege der Organleihe²⁴ Anwendungsgrundsätze und Auslegungsregeln für das EuGVÜ entwickelt hat, weiterhin zu beachten, ebenso die offiziellen Berichte zum EuGVÜ, namentlich die Berichte von *Jenard*²⁵ und *Schlosser*^{26, 27}. Im Hinblick auf die neuen Rechtsfra-

¹⁸ Erwägungsgrund 22 der EuGVVO, ABl. EG Nr. L 12 vom 16.1.2001, S. 3. Vgl. auch OLG Hamburg, CR 2002, 837 (837).

¹⁹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, EuGVÜ Übersicht Rn. 7.

²⁰ Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., EuGVVO Vorbem Rn. 3; Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325 (326).

²¹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, EuGVVO Übersicht Rn. 1; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., EuGVVO Vorbem Rn. 3.

²² Nagel/Gottwald, § 3 Rn. 11.

²³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, EuGVVO Übersicht Rn. 2; Piltz, NJW 2002, 789 (790).

²⁴ Geimer, IPRax 2002, 69 (71).

²⁵ ABl. EG Nr. C 59 vom 5.3.1979, S. 1-70.

²⁶ ABl. EG Nr. C 59 vom 5.3.1979, S. 71-151.

²⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, EuGVVO Übersicht Rn. 2; MK-ZPO-Gottwald, Aktual.bd., Vor Art. 1 EuGVO Rn. 7; Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325 (327); Piltz, NJW 2002, 789 (790); Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., EuGVVO Vorbem Rn. 14.

gen, die sich bei Anwendung der EuGVVO stellen, hat der EuGH aber nunmehr eine genuine Zuständigkeit unmittelbar aufgrund des EG-Vertrages.²⁸ Gem. Art. 234 iVm. Art. 68 Abs. 1 EG können jedoch jetzt nur noch die letztinstanzlich tätigen Gerichte der Mitgliedstaaten den EuGH anrufen.²⁹

Wesentliche Änderungen, die auch im Hinblick auf Vertragsabschlüsse im Internet relevant sind, sind zum einen die autonome Definition des Erfüllungsortes für den Vertragsgerichtsstand, zum anderen die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Verbrauchergerichtsstandes. Darüber hinaus ist die Formgültigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen auf elektronisch übermittelte Erklärungen ausgedehnt worden. Bei der sich jetzt anschließenden Frage, ob die Vorschriften der EuGVVO überhaupt auf solche Verträge anwendbar sind, die im Internet abgeschlossen wurden, sollen diese Neuerungen daher besonders ausführlich betrachtet werden.³⁰ Daneben ist jedoch auch auf grundsätzliche Rechtsanwendungsprobleme einzugehen, die die Neuregelungen der EuGVVO mit sich bringen und ohne deren Lösung eine Anwendung der Vorschriften auf Internet-Verträge nicht erfolgen kann.

II. Anwendungsbereich

Zunächst sind die geschriebenen Voraussetzungen über die Anwendbarkeit der Verordnung zu betrachten, d.h. ihr sachlicher, persönlicher und zeitlicher Anwendungsbereich. Darüber hinaus stellt sich die Frage nach weiteren, ungeschriebenen Voraussetzungen, namentlich die Überlegung, ob der Rechtsstreit einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen muss.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Verordnung wird durch Art. 1 Abs. 1 EuGVVO bestimmt: Grundsätzlich ist die Verordnung in Zivil- und Handelssachen anzuwenden, womit eine Abgrenzung zu Steuer- und Zollsachen sowie zu verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten vorgenommen wird. Insoweit bestehen keine Besonderheiten im Hinblick auf die hier zu untersuchenden Verträge, die im Internet abgeschlossen werden. Warenkaufverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher einerseits oder zwischen zwei Unternehmern andererseits stellen Zivil- und Handelssachen dar. Zwar ist der Anwendungsbereich der EuGVVO auch bei Vorliegen einer Zivil- oder Handelssache durch Art. 1 Abs. 2 EuGVVO eingeschränkt. Diese Ausnahmen sind im vorliegenden Kontext jedoch nicht von Bedeutung.

²⁸ Geimer, IPRax 2002, 69 (71).

²⁹ Jayme/Kohler, IPRax 2002, 461 (464). Vgl. dazu ausführlich Heß, RabelsZ 66 (2002), 470 (488-493).

³⁰ Vgl. dazu unten Abschnitt B VII 2 im 1. Teil dieser Arbeit.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich richtet sich grundsätzlich nach Art. 2 iVm. Art. 4 Abs. 1 EuGVVO: Der Wohnsitz oder Sitz des Beklagten muss sich in dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats befinden. Ist dies nicht der Fall, so bestimmt sich gem. Art. 4 Abs. 1 EuGVVO die Zuständigkeit der Gerichte eines jeden Mitgliedstaates nach dessen eigenen Gesetzen. Für deutsche Gerichte ist insoweit das autonome deutsche Zivilprozessrecht, d.h. die §§ 12 ff. ZPO, maßgebend.³¹ Auf den Wohnsitz des Klägers kommt es nicht an, so dass die EuGVVO auch dann Geltung beansprucht, wenn der Kläger außerhalb der Mitgliedstaaten seinen Wohnsitz bzw. Sitz hat.³² Zu beachten ist jedoch, dass unter „Mitgliedstaat“ gem. Art. 1 Abs. 3 EuGVVO jeder Mitgliedstaat der Europäischen Union mit Ausnahme Dänemarks zu verstehen ist. Sofern also der Beklagte seinen Sitz bzw. Wohnsitz in Dänemark hat, ist nicht die EuGVVO, sondern stattdessen das EuGVÜ anzuwenden.

Eine Vielzahl der Verträge im Internet kommt mit US-amerikanischen Warenanbietern zustande, da sich das Internet in den USA als virtueller Marktplatz bereits am weitesten etabliert hat und viele amerikanische Anbieter somit über eine Internet-Präsentation ihrer Ware verfügen.³³ Für die Klage eines deutschen Klägers gegen einen US-amerikanischen Warenanbieter gelten die Vorschriften der EuGVVO über die Gerichtszuständigkeit aber nur dann, wenn dieser Anbieter seinen Wohnsitz bzw. seinen Sitz, seine Hauptverwaltung oder seine Hauptniederlassung iSd. Art. 60 Abs. 1 EuGVVO in einem Mitgliedstaat hat. Dies wird in den meisten Fällen nicht gegeben sein.

Eine Ausnahme, die im Folgenden noch von Relevanz sein wird, betrifft gem. Art. 4 Abs. 1 EuGVVO allerdings Gerichtsstände, die mittels einer Gerichtsstandsvereinbarung iSd. Art. 23 EuGVVO festgelegt werden. Eine solche Gerichtsstandsvereinbarung führt auch dann zu einer Anwendbarkeit der EuGVVO, wenn die beklagte Partei ihren Wohnsitz nicht im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat.³⁴

3. Zeitlicher Anwendungsbereich

In zeitlicher Hinsicht ist Art. 66 EuGVVO zu beachten: Die Verordnung findet auf alle Klagen Anwendung, die nach ihrem Inkrafttreten gem. Art. 76 EuGVVO erhoben worden

³¹ Zöller-Geimer, Art. 2 EuGVVO Rn. 4. Dazu näher unten Abschnitt D im 1. Teil dieser Arbeit.

³² Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Vor Art. 2 Rn. 9.

³³ Lubitz, CRi 2001, 39 (42).

³⁴ Hausmann, EuLF 2000/01, 40 (43f.); Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325 (327f.).

sind, d.h. am 1. März 2002 oder später. Auf eine umfangreiche Judikatur zur EuGVVO kann demnach zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht zurückgegriffen werden.

4. Grenzüberschreitender Bezug

Umstritten ist, ob zusätzlich zu den genannten geschriebenen Voraussetzungen das Erfordernis besteht, dass der Rechtsstreit einen grenzüberschreitenden Bezug hat. Diese Frage ist für Vertragsabschlüsse im Internet von erheblicher Bedeutung. Zum einen gilt es zu entscheiden, ob auch rein nationale Sachverhalte, d.h. Vertragsabschlüsse zwischen zwei Parteien, die in demselben Mitgliedstaat ansässig sind, von den Vorschriften der EuGVVO erfasst sind. Sofern dies verneint wird und damit die Voraussetzung eines grenzüberschreitenden Bezuges gefordert wird, stellt sich zum anderen die Frage, ob dieser Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat bestehen muss oder ob auch der Bezug zu einem Drittstaat ausreicht. Im Hinblick auf Vertragsabschlüsse im Internet wird diese Frage etwa dann relevant, wenn der Warenanbieter seinen Sitz in den USA hat und einen Vertrag mit einem Käufer abschließt, der seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat. Im Falle einer Klage des Warenanbieters gegen den Käufer gilt es dann zu entscheiden, ob die EuGVVO allein aufgrund des Umstandes Anwendung findet, dass der Beklagte in einem Mitgliedstaat ansässig ist, oder ob der Rechtsstreit zusätzlich einen grenzüberschreitenden Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat aufweisen muss. Je nachdem, wie diese Streitfrage entschieden wird, findet die EuGVVO auf einen solchen Sachverhalt Anwendung, oder aber das autonome internationale Zivilprozessrecht des Forumstaates ist zur Anwendung berufen.

Die einzelnen Vorschriften der Verordnung enthalten selbst keine geschriebene Voraussetzung eines grenzüberschreitenden Bezugs. Zwar ist dem Erwägungsgrund 8 zur EuGVVO zu entnehmen, dass Rechtsstreitigkeiten, die unter diese Verordnung fallen, einen Anknüpfungspunkt an das Hoheitsgebiet eines der Mitgliedstaaten aufweisen müssen.³⁵ Allerdings besagt der nachfolgende Satz in demselben Erwägungsgrund, dass „demnach“ die gemeinsamen Zuständigkeitsvorschriften grundsätzlich dann Anwendung finden sollen, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem dieser Mitgliedstaaten hat. Daraus wird deutlich, dass der Erwägungsgrund 8 bloß den Inhalt vorwegnimmt, der in Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 4 Abs. 1 der Verordnung ohnehin als Grundregel niedergelegt ist.

Der Streit geht daher um die Frage, ob über den Wortlaut jener Grundregel der Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 EuGVVO hinaus ein grenzüberschreitender Bezug des Rechtsstreits gefordert

³⁵ ABl. EG Nr. L 12 vom 16.1.2001, S. 2.

werden kann. Diese Frage ist bereits für das EuGVÜ sehr kontrovers diskutiert worden und hat auch mit Inkrafttreten der EuGVVO nichts an Aktualität verloren. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass die EuGVVO – anders als das EuGVÜ – nicht mehr einen völkerrechtlichen Vertrag³⁶, sondern unstreitig sekundäres Gemeinschaftsrecht darstellt. Eine Auseinandersetzung mit der eingangs genannten Frage steht somit angesichts der veränderten Rechtsnatur des einheitlichen europäischen Zivilprozessrechts unter neuen Vorzeichen und muss unter besonderer Berücksichtigung dieses Umstandes erfolgen.³⁷

a) Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO

Gegen die Annahme, dass der Rechtsstreit einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen muss, ist vor allem der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO ins Feld zu führen. Diese Vorschrift stellt lediglich auf den Wohnsitz des Beklagten in einem Mitgliedstaat ab; ein darüber hinausgehender Auslandsbezug wird dem Wortlaut zufolge nicht gefordert. Nach einer streng am Wortlaut orientierten Auffassung, die bereits zum gleichlautenden Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ vertreten wurde, sollen daher auch reine Inlandsfälle von den Vorschriften über die internationale Zuständigkeit erfasst sein.³⁸

Eine weniger strenge Meinung, die sich am Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO orientiert, vertritt *Kropholler*. Zwar lehnt auch er unter Hinweis auf den Wortlaut den grenzüberschreitenden Bezug als eigenständige Anwendungsvoraussetzung ab. Jedoch kommt er nicht zu dem Schluss, dass die EuGVVO demnach auch auf reine Inlandssachverhalte anwendbar ist. Er weist lediglich darauf hin, dass die Frage nach dem Erfordernis eines Auslandsbezuges vielmehr in den verschiedenen Zuständigkeitsnormen gesondert zu betrachten sei.³⁹ Diesem Ansatz zufolge ist daher für die verschiedenen Arten der Zuständigkeitsnormen jeweils einzeln auf die Problematik eines grenzüberschreitenden Bezuges einzugehen: in den allgemeinen Vorschriften der Art. 2 ff. EuGVVO, in den besonderen Zuständigkeiten der Art. 5 ff.

³⁶ Die Rechtsnatur des EuGVÜ ist umstritten. Nach richtiger Ansicht stellt es weder primäres noch sekundäres Gemeinschaftsrecht dar, sondern einen völkerrechtlichen Vertrag, der allerdings – angesichts seiner Entstehungsgeschichte und der dem EuGH eingeräumten Auslegungskompetenz – einen besonderen Gemeinschaftsbezug aufweist. Ebenso *Kropholler*, EuZPR, 6. Aufl., Einl. Rn. 12; *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 23. Aufl., EuGVÜ Vorb. Rn. 16. Vgl. zu der Problematik ausführlich *Schwartz*, FS Grewe (1981), S. 551 ff.

³⁷ Ähnlich, wenngleich mit anderem Ergebnis *Gebauer*, ZEuP 2001, 943 (961).

³⁸ *Erwand*, S. 120; *Geimer*, NJW 1976, 441 (446); *Geimer/Schütze*, Art. 2 EuGVVO Rn. 102; *Zöller-Geimer*, Art. 2 EuGVVO Rn. 14.

³⁹ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Vor Art. 2 Rn. 8. Insoweit missverständlich die vorstehenden Ausführungen bei *Kropholler* aaO. in Rn. 6.

EuGVVO, in der ausschließlichen Zuständigkeit gem. Art. 22 EuGVVO und in den Vorschriften der Art. 23, 24 EuGVVO über Gerichtsstandsvereinbarungen.⁴⁰

b) Teleologische Reduktion

Gegen die reine Betrachtung des Wortlauts wendet sich die herrschende Auffassung. Ihr zufolge ist der grenzüberschreitende Bezug eine eigenständige allgemeine Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschriften über die internationale Zuständigkeit.⁴¹ Zu bedenken ist allerdings, dass sich diese Ansicht im Hinblick auf das EuGVÜ gebildet hat, so dass fraglich ist, ob sie sich auch unter Geltung der EuGVVO aufrechterhalten lässt. Zur Begründung wurde zum einen auf Abs. 4 der Präambel des EuGVÜ verwiesen, der als Gegenstand des Übereinkommens die Festlegung der internationalen Zuständigkeit der Gerichte der Vertragsstaaten benennt: Der Begriff der „internationalen Zuständigkeit“ iSd. Abs. 4 der Präambel setze einen Rechtsstreit mit grenzüberschreitendem Bezug voraus.⁴² Zum anderen beruft sich diese Ansicht auf den Zweck des Übereinkommens: Zweck des EuGVÜ und Intention der Vertragsstaaten sei es gewesen, eine innergemeinschaftliche Zuständigkeitsordnung zu schaffen. Dies werde aus Abs. 3 der Präambel deutlich, wonach das EuGVÜ in dem Bestreben beschlossen wurde, „innerhalb der Gemeinschaft“ den Rechtsschutz für die dort ansässigen Personen zu verstärken.⁴³ Vor diesem Hintergrund müsse eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Art. 2 ff. EuGVÜ dergestalt erfolgen, dass nur grenzüberschreitende Fälle erfasst seien.

In ihrer Ansicht sehen sich die Vertreter dieser sogenannten Reduktionstheorie schließlich durch die Berichte von *Jenard* und *Schlosser* zum EuGVÜ bestätigt. In Ersterem wird unter Hinweis auf Abs. 4 der Präambel des EuGVÜ klargestellt, dass das Übereinkommen die nationalen Zuständigkeitsregeln „nur in Fällen mit Auslandsbeziehung“ abändere; für nationale Sachverhalte spiele das EuGVÜ hingegen grundsätzlich keine Rolle.⁴⁴ Der Bericht von *Schlosser* greift diese Ausführungen auf und formuliert den Grundsatz, dass nur Verfahren betroffen werden, die „Sachverhalte mit internationalem Bezug“ zum Gegenstand haben.⁴⁵ Die Fortgeltung dieser Ansicht unter Geltung der EuGVVO begegnet Bedenken, da deren Erwägungsgründe einen gänzlich anderen Wortlaut haben als die Präambel zum EuGVÜ und

⁴⁰ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Vor Art. 2 Rn. 8.

⁴¹ *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 26. Aufl., EuGVVO Vorbem Rn. 11. Für Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ: *Holl*, IPRax 1996, 174 (175); *Wieczorek/Schütze-Hausmann*, Anh. I § 40 Vor Art. 2 Rn. 9.

⁴² *Holl*, IPRax 1996, 174 (175).

⁴³ *Holl*, IPRax 1996, 174 (175).

⁴⁴ Bericht von *Jenard* zum EuGVÜ, ABl.EG Nr. C 59 vom 5.3.1979, S. 8.

⁴⁵ Bericht von *Schlosser* zum EuGVÜ, ABl.EG Nr. C 59 vom 5.3.1979, S. 81, dort Nr. 21.

sich die genannten Belege somit nicht mehr anführen lassen.⁴⁶ Die Frage, ob auch im Hinblick auf die EuGVVO eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs auf grenzüberschreitende Sachverhalte angebracht ist oder ob eine strenge Orientierung am Wortlaut den Vorzug verdient, soll daher im Folgenden von neuem untersucht werden. Dabei sind die andere Rechtsnatur und die Rechtsgrundlage der EuGVVO zu berücksichtigen.

c) Berücksichtigung der Rechtsnatur und der Rechtsgrundlage der EuGVVO

In der Tat liefert der Wortlaut der allgemeinen Vorschriften der EuGVVO selbst keinen Anhaltspunkt für eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf grenzüberschreitende Sachverhalte. Dies ist der erstgenannten Ansicht, nach der auch Inlandssachverhalte von den internationalen Zuständigkeitsvorschriften erfasst sind, zuzugeben. Nichtsdestotrotz darf bei der Argumentation die Rechtsnatur der EuGVVO nicht übersehen werden. Für die EuGVVO als Akt des sekundären Gemeinschaftsrechts gilt der Grundsatz, dass das EG-Recht immer nur dann Anwendung finden kann, wenn ein zwischenstaatlicher Bezug besteht.⁴⁷ Dies verdeutlicht ein Blick auf die Rechtsgrundlage der EuGVVO, die dem 3. Erwägungsgrund zufolge in Art. 65 EG zu finden ist: Danach ist die Verordnung als eine für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderliche Maßnahme im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen erlassen worden. In Art. 65 EG wird also das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezuges ausdrücklich genannt. Daraus lässt sich schließen, dass reine Inlandssachverhalte gar nicht von der EuGVVO erfasst sein können, da die Verordnung den in der Rechtsgrundlage erwähnten Voraussetzungen genügen muss.⁴⁸

Dieses Ergebnis wird auch von einem Blick auf den Zweck der Verordnung bestätigt, den Art. 65 EG verdeutlicht. Die Verordnung soll einen Beitrag für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts leisten, was im Erwägungsgrund 2 der EuGVVO weiter konkretisiert wird: Die Verordnung dient dazu, die Vorschriften über die internationale Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen zu vereinheitlichen. Dieser Zweck kann aber denklogisch nur dann erreicht werden, wenn es sich um einen Sachverhalt handelt, der tatsächlich die Vorschriften über die internationale Zuständigkeit zur Anwendung bringt. Dies ist wiederum nur dann der Fall, wenn der Sachverhalt grenzüberschreitende Bezüge aufweist. Handelt es sich hingegen um einen reinen Inlandssachverhalt, ist die internationale Zuständigkeit gar nicht von Belang, da sich der Rechtsstreit auf die inländischen Gerichte beschränkt. Angesichts des mit der

⁴⁶ Ebenso *Gebauer*, ZEuP 2001, 943 (951), dort Fn. 6.

⁴⁷ Ebenso *Basedow*, CMLR 2000, 687 (701); *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 26. Aufl., EuGVVO Vorbem Rn. 11.

⁴⁸ Auf dieses „internationale Element“, das sich aus dem 3. Erwägungsgrund iVm. Art. 65 EG ergebe, weist auch *Kropholler* hin: *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Vor Art. 2 Rn. 6.

EuGVVO verfolgten Zwecks, die Vorschriften über die „internationale“ Zuständigkeit zu vereinheitlichen, ist demnach eine teleologische Reduktion ihres Anwendungsbereichs zu fordern: Nur Rechtsstreitigkeiten mit einem grenzüberschreitenden Bezug sollen von ihr erfasst werden. Insoweit vermag die Reduktionstheorie auch im Hinblick auf die EuGVVO noch immer zu überzeugen.

Zusammenfassend ist mithin festzuhalten, dass sowohl die Rechtsnatur und die Rechtsgrundlage der EuGVVO als auch der darin zum Ausdruck kommende Zweck es erfordern, einen grenzüberschreitenden Bezug als Anwendungsvoraussetzung zu verlangen. Andererseits ist aber auch zu bedenken, dass die in Art. 65 EG genannte Voraussetzung des grenzüberschreitenden Bezuges für manche Vorschrift der Verordnung schon ihrem Wortlaut entnommen werden kann, ohne dass dies als eigenständige, übergeordnete Anwendungsvoraussetzung angesehen werden müsste. So wird etwa in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO nicht nur vorausgesetzt, dass der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat, sondern auch, dass der Erfüllungsort sich in einem anderen Mitgliedstaat befindet. Diese Vorschrift enthält demnach schon in ihren geschriebenen Voraussetzungen das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezuges. Der grenzüberschreitende Bezug des Sachverhalts ist demnach nicht als eine übergeordnete Anwendungsvoraussetzung der EuGVVO anzusehen, sondern vielmehr in den einzelnen Vorschriften deren speziellen Voraussetzungen zu entnehmen.⁴⁹ Dieser Ansatz hat zum einen den Vorteil, dass er sich näher am Normtext orientiert und es damit ermöglicht, die genaue Bestimmung des zu fordernden grenzüberschreitenden Bezuges anhand der jeweiligen Norm vorzunehmen. Zum anderen wird dennoch berücksichtigt, dass reine Inlandssachverhalte weder nach Sinn und Zweck der Verordnung noch nach den Vorgaben der Rechtsgrundlage von den Vorschriften über die internationale Zuständigkeit erfasst sein können.

d) Ergebnis

Als Ergebnis ist nach alledem festzuhalten, dass eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der EuGVVO erfolgen muss: Der Sachverhalt muss einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen. Jedoch ist dies nicht im Sinne einer allgemeinen und übergeordneten Anwendungsvoraussetzung zu verstehen, sondern vielmehr für jede Vorschrift gesondert zu untersuchen. Der sich an die teleologische Reduktion anschließende Streit, wie genau der grenzüberschreitende Bezug beschaffen sein muss, ist daher erst an späterer Stelle zu erörtern,

⁴⁹ Ebenso *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Vor Art. 2 Rn. 8.

wenn die Anwendungsbereiche der einzelnen Zuständigkeitsvorschriften untersucht werden, namentlich der Art. 2 Abs. 1, Art. 5 und Art. 23 EuGVVO. Dann wird jeweils zu klären sein, ob ein Drittstaatenbezug ausreicht oder ob ein Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat iSd. Art. 1 Abs. 3 EuGVVO bestehen muss.⁵⁰

III. Allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes gem. Artt. 2 Abs. 1, 60 Abs. 1 EuGVVO

Als allgemeine Zuständigkeitsregel nach Art. 2 Abs. 1 EuGVVO gilt, dass die Gerichte am Wohnsitz des Beklagten zuständig sind. Die Frage, ob die beklagte Partei im Hoheitsgebiet des Gerichtsstaates einen Wohnsitz hat, wird dabei gem. Art. 59 Abs. 1 EuGVVO nach dem Recht des Forums beurteilt. In Deutschland finden auf diesem Weg die §§ 7-11 BGB Anwendung.⁵¹ Die Staatsangehörigkeit des Beklagten ist dabei ohne Belang.⁵²

1. Wohnsitz einer Gesellschaft oder juristischen Person

Handelt es sich bei dem Beklagten um eine Gesellschaft oder juristische Person, so ist gem. Art. 60 Abs. 1 EuGVVO für die Bestimmung des Wohnsitzes der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung entscheidend. Fallen der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung auseinander, so besteht eine Zuständigkeit an jedem einzelnen dieser Orte.⁵³

Die Feststellung, ob der Beklagte überhaupt eine Gesellschaft oder eine juristische Person iSd. Art. 60 Abs. 1 EuGVVO ist, muss mangels einer autonomen Definition anhand des nationalen Gesellschaftsrechts entschieden werden, das an den Sachverhalt anzuknüpfen ist.⁵⁴ Insofern ist also das internationale Privatrecht des Forumstaates zur Anwendung berufen. Hingegen erfolgt die Bestimmung des Sitzes – anders als unter Geltung von Art. 53 Abs. 1 Satz 2 EuGVÜ bzw. LugÜ – nicht länger unter Rückgriff auf das IPR des Forumstaates.

Die Verordnung enthält stattdessen in Art. 60 Abs. 1 EuGVVO eine autonome Definition des Sitzes.⁵⁵ Damit ist eine Diskussion gegenstandslos geworden, die im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 53 Abs. 1 EuGVÜ unter dem Eindruck der EuGH-Entscheidungen *Daily*

⁵⁰ Vgl. unten die Abschnitte III 2, IV und VII 1 im 1. Teil dieser Arbeit.

⁵¹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, EuGVVO Art. 1 Rn. 2; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 2 EuGVVO Rn. 5.

⁵² Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 2 Rn. 1.

⁵³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, EuGVVO Übersicht Rn. 3; Jayme/Kohler, IPRax 1999, 401 (406); Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325 (327).

⁵⁴ Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 60 Rn. 1.

⁵⁵ Jayme/Kohler, IPRax 1999, 401 (406); Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325 (327).

*Mail*⁵⁶, *Centros*⁵⁷ und zuletzt *Überseering*⁵⁸ lebhaft geführt worden war: der Streit, ob zur Bestimmung des Sitzes einer Gesellschaft das Recht des Gründungsortes⁵⁹ oder das Recht am tatsächlichen Ort der Hauptverwaltung⁶⁰ zu berücksichtigen ist⁶¹. Angesichts der Regelung in Art. 60 Abs. 1 EuGVVO ist dieser Streit nicht mehr relevant.⁶²

Als zuständigkeitsbegründende Tatsachen im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO müssen die Voraussetzungen des Art. 60 Abs. 1 EuGVVO grundsätzlich bei Klageerhebung, spätestens jedoch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz gegeben sein.⁶³

Bei der Bestimmung dieser Orte ergeben sich besondere Fragestellungen, auf die im Folgenden näher einzugehen ist. Als typisches Rechtsanwendungsproblem im Zusammenhang mit Vertragsabschlüssen im Internet wird dabei vor allem die Frage zu untersuchen sein, ob Gesellschaften und juristische Personen, die ihre Geschäftstätigkeit im Internet ausüben, überhaupt eine Hauptniederlassung haben.

a) Definition der Kriterien des Art. 60 Abs. 1 EuGVVO

Fraglich ist, wie die Kriterien des Art. 60 Abs. 1 lit. a – c EuGVVO zu definieren sind. Die Bestimmung des Sitzes der Gesellschaft oder juristischen Person ist nach dem unzweideutigen Wortlaut des Art. 60 Abs. 1 lit. a EuGVVO der Satzung, d.h. dem Gesellschaftsvertrag⁶⁴, zu entnehmen und bereitet insofern keine Probleme. Für die Definition der Hauptverwaltung oder der Hauptniederlassung liefert Art. 60 Abs. 1 EuGVVO hingegen keine Anhaltspunkte. Die Verordnung stellt jedoch selbst unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht dar, so dass ihre Begrifflichkeiten im Lichte des EG-Vertrages autonom auszulegen sind. Die drei Anknüpfungspunkte des Art. 60 Abs. 1 EuGVVO entsprechen dabei denen des Art. 48

⁵⁶ EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. 81/87 – *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483.

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Rs. C-212/97 – *Centros*, Slg. 1999, I-1459.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 5.11.2002, Rs. C-208/00 – *Überseering*, RIW 2002, 945.

⁵⁹ Dies wird etwa in England befürwortet. Vgl. dazu Staudinger-*Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 31-77; ausführlich *Richter*, Die Rechtsstellung ausländischer Kapitalgesellschaften in England (1980).

⁶⁰ So die deutsche Rechtsprechung und herrschende Lehre: vgl. etwa BGHZ 25, 134 (144); 51, 27 (28); 53, 181 (183); 78, 318 (334); 97, 269 (271); Staudinger-*Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 38. Mit Einschränkungen auch *Kropholler*, IPR, § 55 I.

⁶¹ Vgl. dazu unten Abschnitt C 1 im 1. Teil dieser Arbeit.

⁶² *V.Bar/Mankowski*, IPR Bd. 1, § 7 Rn. 34; Thomas/*Putzo-Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 60 EuGVVO Rn. 1.

⁶³ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Vor Art. 2 Rn. 13; Thomas/*Putzo-Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 2 EuGVVO Rn. 8; *Zöller-Geimer*, Art. 2 EuGVVO Rn. 17.

⁶⁴ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 60 Rn. 2.

EG.⁶⁵ Auf die Definitionen, die im Zusammenhang mit Art. 48 EG entwickelt wurden, kann somit auch im Rahmen des Art. 60 Abs. 1 EuGVVO zurückgegriffen werden.⁶⁶

Unter der Hauptverwaltung ist danach der Ort zu verstehen, an dem die Willensbildung und die eigentliche Leitung der Gesellschaft erfolgt, d.h. der Ort, an dem die unternehmerischen Entscheidungen durch das Leitungsorgan, also durch die Geschäftsführung oder den Vorstand, getroffen werden.⁶⁷ Auf den Sitz der Gesellschafter kommt es dabei nicht an.⁶⁸ Die Hauptniederlassung ist hingegen der tatsächliche Geschäftsschwerpunkt und damit der Ort, an dem sich die wesentlichen Personal- und Sachmittel eines Unternehmens befinden, um Geschäfte im Außenverhältnis mit Dritten zu betreiben, ohne dass dort zugleich auch die zentrale Verwaltung des Unternehmens ansässig ist.⁶⁹ Der tatsächliche Geschäftsschwerpunkt muss dabei auf eine gewisse Dauer angelegt sein.⁷⁰

b) Anwendung auf Gesellschaften mit Geschäftstätigkeit im Internet

Es fragt sich, ob diese Definitionen auch im Hinblick auf solche Gesellschaften und juristische Personen anwendbar sind, die ihre Geschäftstätigkeit im Internet ausüben.

Unproblematisch ist zunächst die Bestimmung des Sitzes der Gesellschaft oder juristischen Person. Er lässt sich gem. Art. 60 Abs. 1 lit. a EuGVVO in jedem Fall der Satzung entnehmen. Auch die Voraussetzungen der Hauptverwaltung iSd. Art. 60 Abs. 1 lit. b EuGVVO lassen sich bei einer Gesellschaft oder juristischen Person mit Geschäftstätigkeit im Internet ohne weiteres anwenden: Selbst dann, wenn eine Gesellschaft bzw. juristische Person ihre Geschäfte im Internet vornimmt, muss sie reale Gesellschafter und Vorstandsmitglieder haben. Insofern lässt sich in der realen Welt ein Ort lokalisieren, an dem diese Gesellschafter oder Vorstandsmitglieder zusammenkommen und in Gesellschafterversammlungen oder Vorstandssitzungen die unternehmerischen Entscheidungen treffen. Die Bestimmung der Hauptverwaltung bereitet demnach ebenfalls keine Probleme. Problematisch erscheint jedoch die Bestimmung einer Hauptniederlassung.

⁶⁵ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 27.

⁶⁶ Ebenso *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 60 Rn. 2.

⁶⁷ *Groeben/Schwarze-Troberg/Tiedje*, Art. 48 EGV Rn. 9; *Schwarze-Müller-Huschke*, Art. 48 EGV Rn. 10.

⁶⁸ *Schwarze-Müller-Huschke*, Art. 48 EGV Rn. 10.

⁶⁹ *Groeben/Schwarze-Troberg/Tiedje*, Art. 48 EGV Rn. 10; *Schwarze-Müller-Huschke*, Art. 48 EGV Rn. 10.

⁷⁰ EuGH, Urteil vom 22.11.1978, Rs. 33/78 – *Somafer*, Slg. 1978, 2183 Rn. 8.

aa) Bestehen einer Hauptniederlassung

Es gilt zu bedenken, dass solche Gesellschaften, die im Internet-Handel tätig sind, in der realen Welt mitunter gar nicht in Erscheinung treten. Ein Vertrag über den Erwerb einer Ware im Internet kommt häufig nicht durch das Austauschen von Emails zustande, die von beiden Parteien individuell verfasst werden, sondern vielfach unter Verwendung eines elektronischen Bestellformulars. Zur Abgabe der für den Vertragsschluss erforderlichen Erklärung werden dann auf Seiten des Warenanbieters häufig gar keine Personen eingesetzt, sondern es wird lediglich ein Computerprogramm verwendet, das automatisierte Willenserklärungen übermittelt. Ferner ist zu beachten, dass nicht nur der Abschluss von Verträgen elektronisch erfolgen kann, sondern in Einzelfällen auch die Erfüllung der Verträge.

Es zeigt sich also, dass bei dem Abschluss eines Vertrages im Internet unter bestimmten Umständen keinerlei Personal in Erscheinung tritt. Schon aus diesem Grund kann das Vorliegen einer Hauptniederlassung, die sich durch das Vorhandensein von personellen Mitteln auszeichnet, in Frage stehen.

Zur Bestimmung einer Hauptniederlassung bei Geschäftstätigkeit im Internet ist insofern danach zu differenzieren, auf welche Weise die Erfüllung eines Vertrages erfolgt, der im Internet abgeschlossen wurde.⁷¹ Zunächst sind solche Gesellschaften zu betrachten, die lediglich Verträge via Internet abschließen, die Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten, d.h. den Versand der Ware an den Kunden, jedoch auf herkömmlichem Wege vornehmen. Anschließend ist auf solche Unternehmen einzugehen, die sowohl den Vertragsschluss als auch die Vertragserfüllung online tätigen.

(1) Operationszentrum für den Warenversand

Bei jenen Unternehmen, die ihre Waren auf herkömmlichem Wege an ihre Kunden versenden, könnte eine Hauptniederlassung dort bestehen, wo sich ein Operationszentrum für den Warenversand befindet.⁷² Bei realistischer Betrachtungsweise kann davon ausgegangen werden, dass eine größere, im internationalen Handel weltweit tätige Gesellschaft bzw. juristische Person in verschiedenen Staaten auf den verschiedenen Kontinenten solche Operationszentren unterhält, an denen die Waren gelagert und gemäß den vertraglichen Verpflichtungen der Gesellschaft ausgesondert, verpackt und an die Kunden verschickt werden. An einem solchen Ort sind demnach sowohl sachliche als auch personelle Mittel vorhanden, nämlich zum

⁷¹ Ebenso *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1007).

⁷² *Ernst*, *K&R* 1999, 558 (561).

einen das Warenlager selbst sowie technische Einrichtungen für die Logistik, zum anderen Personen für die Aussonderung und den Versand der Waren.

Allerdings ist zu bedenken, dass eine Niederlassung neben dem Vorhandensein von personellen und sachlichen Mitteln auch voraussetzt, dass diese zu dem Zweck eingesetzt werden, an dem betreffenden Ort Außengeschäfte mit Dritten zu betreiben. An jenem Ort müssen also unmittelbar Geschäfte abgeschlossen werden können.⁷³ Dies ist bei Internet-Verträgen fraglich. Der Vertragsschluss im Internet zeichnet sich gerade dadurch aus, dass kein persönlicher Kontakt zwischen den Parteien an einem Ort in der realen Welt zustande kommt. Vielmehr erfolgt bloß ein Austausch elektronischer Erklärungen. Insofern kann nicht davon ausgegangen werden, dass jedes Operationszentrum, an dem Waren ausgesondert, verpackt und an Kunden gesandt werden, auch zum Abschluss der zugrunde liegenden Verträge befugt ist. Gerade dann, wenn automatisierte Willenserklärungen seitens des Warenanbieters abgegeben werden, bestehen Zweifel daran, dass jedes Operationszentrum als Niederlassung mit der Befugnis zum Betreiben von Außengeschäften ausgestattet wurde. Dies kann nur angenommen werden, sofern sowohl das Personal als auch die sachlichen Mittel nicht ausschließlich für den Warenversand bestimmt sind. Erforderlich ist vielmehr, dass das Personal auch zum unmittelbaren Umgang mit Kunden befugt ist, etwa zur Beantwortung von Kundenanfragen per E-mail. Auch Sachmittel müssen folglich vorhanden sein, die zu anderen Zwecken als dem bloßen Warenversand dienen, beispielsweise Büroräume und Telekommunikationsanlagen für den Kundenkontakt. Nur eine solche personelle und sachliche Ausstattung deutet darauf hin, dass ein Operationszentrum auch unmittelbar zum Abschluss von Geschäften mit Dritten befugt ist.

Mithin ist zu unterscheiden: Sofern das Operationszentrum gleichsam nur als Warenlager dient und lediglich für die mechanische Abwicklung bereits abgeschlossener Verträge zuständig ist, ist die Eigenschaft als Hauptniederlassung zu verneinen. Hingegen kommt eine Hauptniederlassung dann in Betracht, wenn das Personal und die Sachmittel auch für den direkten geschäftlichen Kontakt mit Dritten, d.h. den Kunden, eingesetzt werden.

(2) Server

Noch weitaus problematischer erscheint der Fall, dass nicht nur der Vertragsschluss, sondern auch die Vertragserfüllung via Internet erfolgt, d.h. durch Online-Lieferung des Leistungsgegenstandes. So verhält es sich etwa bei Verträgen zur Überlassung von Standard-

⁷³ EuGH, Urteil vom 22.11.1978, Rs. 33/78 – *Somafer*, Slg. 1978, 2183 Rn. 8.

Software oder anderen digitalisierbaren Produkten, wenn diese elektronisch an den Erwerber übermittelt werden.⁷⁴ Hier werden üblicherweise alle Geschäftsvorgänge automatisiert, d.h. durch ein Computerprogramm abgewickelt. Sowohl der Vertragsschluss erfolgt auf elektronischem Wege, als auch die Übermittlung des Leistungsgegenstandes, der meist im Wege des Download-Verfahrens zum Kunden gelangt. Das einzige Sachmittel, das für den Abschluss und die Abwicklung des Vertrages verwendet wird, ist folglich der Server, auf dem das Computerprogramm gespeichert ist. Es fragt sich also, ob eine Hauptniederlassung am Server-Standort besteht.

Dafür mag sprechen, dass das Unternehmen für die Ausübung seiner Geschäftstätigkeit im automatisierten Verfahren gerade auf den Einsatz dieses Computers angewiesen ist. Mittels der auf dem Server gespeicherten Computerprogramme ist es also durchaus möglich, Geschäfte abzuschließen und abzuwickeln. Man könnte daher der Ansicht sein, dass sich am Server-Standort tatsächlich auch der Geschäftsschwerpunkt befindet. Zu bedenken ist aber, dass es sich – technisch betrachtet – bei dem Server lediglich um einen Computer handelt, auf dem Programme gespeichert werden. Insofern ist äußerst fraglich, ob ein Server tatsächlich als ein Mittelpunkt geschäftlicher Tätigkeit im Sinne des Niederlassungsbegriffs angesehen werden kann.

Nach der Definition muss eine Hauptniederlassung sowohl sachliche als auch personelle Mittel aufweisen, um als Außenstelle des Unternehmens dauerhaft Geschäfte mit Dritten betreiben zu können. Jedoch ist der Server selbst keine Örtlichkeit, an der sich sachliche und personelle Mittel befinden, also etwa Büroräume, Warenlager und vor allem Personal. Stattdessen ist nur ein Computer als technisches Gerät vorhanden. Neben der Ansammlung sachlicher Mittel müsste jedoch auch eine Geschäftstätigkeit durch reale Personen möglich sein. Andernfalls kann gar kein „Auftreten“ als Außenstelle des Unternehmens erfolgen. Dies wäre etwa dann zu bejahen, wenn am Server-Standort auch die erforderliche Organisation, etwa die Geschäftsführung, die Buchhaltung, die Ausgestaltung der kommerziellen Webseite oder die Entwicklung der Computerprogramme durch reale Personen erfolgte, die insoweit Einfluss auf die geschäftliche Tätigkeit gegenüber Dritten nehmen können. Nur eine derartige Ansammlung von sachlichen und auch personellen Mitteln wird dem Niederlassungsbegriff gerecht. Hingegen kann der Standort des Servers, also eines bloßen technischen Hilfsmittels, nicht den Ausschlag geben.⁷⁵

⁷⁴ Vgl. dazu näher unten Abschnitt B IV 1b aa (2) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁷⁵ Ebenso *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1005f.); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (227); *Pichler*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Teil 31 Rn. 167.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass bei einer Hauptniederlassung auch das Merkmal der Dauerhaftigkeit erfüllt sein muss. In technischer Hinsicht ist es aber ohne weiteres möglich, je nach Bedarf Daten auf dem betreffenden Server zu löschen und stattdessen auf einem anderen Server zu speichern. Insofern ist auch zu bezweifeln, dass die Speicherung der für den Vertragsabschluss und seine Erfüllung notwendigen Computerprogramme auf einem Server auf Dauer angelegt ist.⁷⁶

Die Voraussetzungen einer Hauptniederlassung sind folglich durch einen Server nicht erfüllt.⁷⁷

(3) Webseite als „virtuelle Hauptniederlassung“

Aufgrund der Schwierigkeiten, die sich bei der Feststellung einer Hauptniederlassung für eine Geschäftstätigkeit im Internet ergeben, wird in der Literatur vertreten, dass auf das Vorliegen einer rein „virtuellen Niederlassung“ abzustellen sei.⁷⁸ Als eine Niederlassung sei insofern auch eine Webseite anzusehen, die einen elektronischen Vertragsabschluss ermögliche.⁷⁹ Diese Ansicht wird damit begründet, dass das entscheidende Merkmal einer Niederlassung der Geschäftsschwerpunkt sei, d.h. die Möglichkeit, im Außenverhältnis Verträge für das Unternehmen abzuschließen. Dies sei bei einer Webseite zu bejahen, die die Möglichkeit bietet, über das Internet Verträge abzuschließen.⁸⁰

Gegen diese Ansicht bestehen jedoch zahlreiche Einwände. Zum einen wird sie der Begrifflichkeit der Niederlassung nicht gerecht. Der Begriff der Hauptniederlassung verlangt neben der bloßen Möglichkeit, Verträge abzuschließen, auch das Bestehen personeller und sachlicher Mittel, die eine geschäftliche Tätigkeit von gewisser Dauer gewährleisten können. Diese Kriterien sind bei einer „virtuellen Niederlassung“ in Gestalt einer Webseite nicht erfüllt. Eine Webseite ist eine Gesamtheit von elektronischen Daten auf einem Server, die auf einem Bildschirm sichtbar gemacht werden kann. Sie weist also weder personelle noch sachliche Mittel auf.⁸¹ Darüber hinaus ist das Merkmal der Dauerhaftigkeit nicht erfüllt. Als bloße Datenmenge kann eine Webseite binnen weniger Augenblicke vom Server entfernt und voll-

⁷⁶ Ebenso *Junker*, RIW 1999, 809 (818); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (227); *Portner*, *IStR* 1998, 553 (556); *Zöllkau*, *CR* 1998, 290 (292).

⁷⁷ *Hoeren*, *Rechtsfragen des Internet*, Rn. 279; *Junker*, RIW 1999, 809 (818); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (227); *Pichler*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Teil 31 Rn. 167.

⁷⁸ *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1005f.); wohl auch *Bogdan*, in: *Hohloch* (Hrsg.), S. 59 (64).

⁷⁹ *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1006f.).

⁸⁰ *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1006f.).

⁸¹ Ebenso *Pichler*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Teil 31 Rn. 168.

ständig vernichtet werden. Dies ist bei einer realen Niederlassung, die eine Ansammlung personeller wie sachlicher Mittel darstellt, nicht der Fall.

Allenfalls lässt sich überlegen, ob nicht bei der Begriffsbestimmung einer Hauptniederlassung auf das Vorliegen der vorgenannten klassischen Merkmale verzichtet werden könnte. Der Begriff der Hauptniederlassung iSd. Art. 60 Abs. lit. c EuGVVO ist jedoch – aufgrund seiner Verwendung in einer EG-Verordnung – im Lichte des EG-Vertrages auszulegen. Insofern ist der Kontext zu berücksichtigen, in dem er dort verwendet wird. Im EG-Vertrag findet sich der Begriff in Art. 48 EG, d.h. im Rahmen der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit iSd. Art. 43 EG. Die Niederlassungsfreiheit besteht gem. Art. 43 EG darin, dass die Beschränkung der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats verboten ist. Der Begriff der Niederlassung orientiert sich also an geographischen Gegebenheiten. Entscheidend ist, dass sich eine Person für eine gewisse Dauer zum Zwecke der Erwerbstätigkeit in einem Mitgliedstaat dauerhaft etabliert. Die Niederlassung kann folglich nicht losgelöst von einem örtlichen Schwerpunkt in der realen Welt definiert werden.

Schließlich hilft das Abstellen auf eine „virtuelle Niederlassung“ bei konsequenter Fortführung dieses Ansatzes auch unter praktischen Gesichtspunkten nicht weiter. Es fragt sich nämlich, wo der allgemeine Gerichtsstand gem. Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 60 Abs. 1 lit. c EuGVVO, um den es im vorliegenden Kontext geht, zu lokalisieren ist, wenn die Niederlassung eine bloß virtuelle ist. Zwar könnte man insoweit an besondere Formen der Online-Streitbeilegung denken.⁸² Jedoch enthält die EuGVVO selbst, wenngleich sich die Kommission in der jüngeren Vergangenheit auch mit der außergerichtlichen Streitbeilegung befasst hat⁸³, nur Vorschriften über die Zuständigkeit ganz realer Gerichte in den Mitgliedstaaten. Die Literaturmeinung behilft sich freilich damit, dass zur Lokalisierung eines Gerichtsstandes auf die „Ausrichtung“ der Webseite auf Staaten in der realen Welt abgestellt wird.⁸⁴ Ganz abgesehen von den erheblichen Problemen, die die Voraussetzung der „Ausrichtung“ einer Webseite für die Rechtsanwendung mit sich bringt⁸⁵, hat aber auch dieses Merkmal letztlich wieder den Mangel, dass es von den entscheidenden Kriterien für eine Niederlassung losgelöst

⁸² Vgl. dazu etwa *Jung*, K&R 1999, 63 ff..

⁸³ Vgl. das Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196 vom 19.4.2002; ferner die Empfehlung der Kommission vom 4. April 2001 über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten beteiligte außergerichtliche Einrichtungen, ABLEG Nr. L 109 vom 19.4.2001, S. 56. Dazu *Duve*, BB 2002, Beilage 7, 6 ff.; *Scherpe*, VuR 2002, 277 ff.; *ders.*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen (2002). Zur außergerichtlichen Streitbeilegung im allgemeinen siehe *Eidenmüller*, RIW 2002, 1 ff..

⁸⁴ *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1007).

⁸⁵ Vgl. dazu unten Abschnitt B VI 3a cc (2) (b) im 1. Teil dieser Arbeit.

ist, d.h. dem Vorliegen sachlicher und personeller Mittel für eine Geschäftstätigkeit von gewisser Dauer keine Bedeutung beimisst.

Der Ansatz, wonach eine „virtuelle Niederlassung“ dem Niederlassungsbegriff des europäischen Zuständigkeitsrechts gerecht wird, ist folglich abzulehnen.⁸⁶

bb) Ergebnis

Bei der Prüfung der Frage, ob auch Gesellschaften oder juristische Personen, die eine Geschäftstätigkeit im Internet ausüben, über eine Hauptniederlassung iSd. Art. 60 Abs. 1 lit. c EUGVVO verfügen, ist zwischen den verschiedenen Formen des Internet-Handels zu differenzieren. Sofern eine Vertragserfüllung auf herkömmlichem Wege erfolgt, kommt als Ort der Hauptniederlassung zumindest der Ort in Betracht, an dem sich das Operationszentrum für den Warenversand befindet. Dies gilt allerdings nur dann, wenn neben dem bloßen Warenversand auch ein unmittelbarer geschäftlicher Kontakt mit den Kunden erfolgen kann, etwa per Email. Erfolgt die Vertragserfüllung hingegen im Wege einer Online-Lieferung des Leistungsgegenstandes via Internet, besteht regelmäßig keine Hauptniederlassung. Auf den Server-Standort kann es jedenfalls nicht ankommen. Auch die Annahme einer „virtuellen Niederlassung“ in Gestalt einer kommerziellen Webseite wird dem Niederlassungsbegriff nicht gerecht.

2. Grenzüberschreitender Bezug

Als weitere Voraussetzung des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO ist zu nennen, dass der Rechtsstreit einen grenzüberschreitenden Bezug haben muss. Zwar ist diese Voraussetzung nicht dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO zu entnehmen. Den obigen Ausführungen zufolge ergibt sie sich aber aus der Rechtsnatur und der Rechtsgrundlage ebenso wie aus dem Sinn und Zweck der EuGVVO.⁸⁷ Wie genau der grenzüberschreitende Bezug beschaffen sein muss, ist für die verschiedenen Zuständigkeitsnormen einzeln zu betrachten.⁸⁸ Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO liefert hierfür jedoch keine Anhaltspunkte. Somit gilt es hier zu entscheiden, ob es sich um einen grenzüberschreitenden Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat handeln muss oder ob auch der Bezug zu einem Drittstaat ausreicht. Diese Frage ist seit Geltung des EuGVÜ heftig umstritten. Die verschiedenen Ansichten, die zu Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ entwi-

⁸⁶ Im Ergebnis ebenso *Pichler*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 168; *MK-ZPO-Gottwald*, Aktual.bd., Art. 5 EuGVO Rn. 21.

⁸⁷ Vgl. Abschnitt B II 4c im 1. Teil dieser Arbeit.

⁸⁸ Vgl. Abschnitt B II 4c im 1. Teil dieser Arbeit.

ckelt wurden, verdienen angesichts der gleichlautenden Vorschrift der EuGVVO auch weiterhin Beachtung.

a) Streitstand bezüglich Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ

Nach herrschender Ansicht im Schrifttum genügt der grenzüberschreitende Bezug des Sachverhalts zu einem Drittstaat.⁸⁹ Ähnliches hat auch der EuGH in einem neueren Urteil vertreten, demzufolge Titel II des EuGVÜ, das sind die Artt. 2 ff. EuGVÜ, dann Anwendung finden, wenn der Beklagte in einem Vertragsstaat und der Kläger in einem Drittland ansässig ist.⁹⁰ Dagegen fordern die überwiegende deutsche Rechtsprechung⁹¹ und die Vertreter der Reduktionstheorie im Schrifttum⁹² einen grenzüberschreitenden Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat.

Dieser Meinungsstreit ist für viele Internet-Sachverhalte entscheidend. Bei einer Vielzahl der Anbieter von Waren im Internet handelt es sich um Anbieter aus den USA. Demzufolge kommen im Internet viele Verträge zwischen Nutzern mit Wohnsitz in der EU auf der einen Seite und amerikanischen Anbietern auf der anderen Seite zustande, d.h. mit einer Partei, die in einem Drittstaat ansässig ist. Wenn in einer solchen Konstellation der Warenanbieter seinen Vertragspartner verklagen wollte, so stünde die Anwendbarkeit der Zuständigkeitsvorschrift des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO in Frage: Nach der herrschenden Ansicht in der Literatur würde Art. 2 Abs. 1 EuGVVO trotz des Umstandes greifen, dass der Anbieter in den USA ansässig ist, da der grenzüberschreitende Bezug des Sachverhalts zu einem Drittstaat ausreichend ist. Der Reduktionstheorie zufolge wäre Art. 2 Abs. 1 EuGVVO hingegen nicht anwendbar, weil kein Auslandsbezug des Sachverhalts zu einem weiteren Mitgliedstaat besteht. Für eine Vielzahl von Internet-Sachverhalten ist der Streit demnach von Relevanz. Die dargestellten Meinungen sind daher einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

⁸⁹ Aull, IPRax 1999, 226 (227); Coester-Waltjen, FS Nakamura (1996), S. 89 (110); Geimer, EuLF 2000/01, 54 (56); ders., IPRax 1991, 31 (32); Hausmann, EuLF 2000/01, 40 (44); Junker, RIW 1999, 809 (810); Kröll, ZJP 113 (2000), 135 (139); Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Vor Art. 2 Rn. 8; Mankowski, IPRax 1996, 427 (430); MK-ZPO-Gottwald, Bd. 3, Art. 2 EuGVÜ Rn. 23; Rauscher, Internationales und Europäisches Zivilverfahrensrecht, S. 53; Saenger, ZJP 110 (1997), 477 (481); Soergel-Kronke, Art. 38 EGBGB Anh. IV Rn. 86; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., EuGVVO Vorbem Rn. 12; Trunk, IPRax 1996, 249 (252); Zöller-Geimer, Art. 2 EuGVVO Rn. 15.

⁹⁰ EuGH, Urteil vom 13.7.2000, Rs. C 412/98 – *Group Josi / UGIC*, Slg. 2000, I-5925 Rn. 57-61. Vgl. dazu näher unten Abschnitt B III 2d im 1. Teil dieser Arbeit.

⁹¹ BGH NJW 1990, 317 (318); BGHZ 116, 77 (80) m.w.N.; IPRax 1993, 244 (245); NJW 1993, 1070 (1071); WM 1992, 87 (88); NJW 1989, 1431 (1432); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 1145 (1146); OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 567 (568).

⁹² Benecke, S. 116; Birk, RdA 1983, 143 (145); Franzen, RIW 2000, 81 (83); Grundmann, IPRax 1985, 249 (250), dort Fn. 8; Kohler, IPRax 1983, 265 (266); Samtleben, NJW 1974, 1590 (1593); Schack, IZVR, Rn. 241; Stein/Jonas-Bork, 21. Aufl., § 38 Rn. 22; Wieczorek/Schütze-Hausmann, Anh. I § 40 Vor Art. 2 Rn. 10.

b) Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO und Erwägungsgründe

Für die herrschende Ansicht in der Literatur spricht zunächst der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO. Er benennt als Anwendungsvoraussetzung ausschließlich den Wohnsitz des Beklagten in einem Mitgliedstaat, fordert hingegen nicht ausdrücklich den Auslandsbezug zu einem weiteren Mitgliedstaat. Auch der Erwägungsgrund 8 der Verordnung lässt sich im Sinne dieser Ansicht heranziehen.⁹³ Er besagt, dass Rechtsstreitigkeiten, die unter diese Verordnung fallen, einen Anknüpfungspunkt an das Hoheitsgebiet eines der Mitgliedstaaten aufweisen müssen, die durch diese Verordnung gebunden sind. Er besagt weiter, dass die gemeinsamen Zuständigkeitsvorschriften demnach grundsätzlich dann Anwendung finden sollen, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem dieser Mitgliedstaaten hat. Mit diesem zweiten Satz gibt der Erwägungsgrund also genau die Regelung des hier in Rede stehenden Art. 2 Abs. 1 EuGVVO wieder. Gerade für dessen Anwendung wird somit deutlich, dass ein Anknüpfungspunkt an das Hoheitsgebiet „eines“ der Mitgliedstaaten ausreichen soll. Ein darüber hinausgehender Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat wird in dem Erwägungsgrund hingegen nicht gefordert. Demnach liegt der Schluss nahe, dass in der Tat ein Bezug zu einem Drittstaat für die Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO genügt.

c) Berücksichtigung der Rechtsnatur und der Rechtsgrundlage der EuGVVO

Jedoch muss auch an dieser Stelle wiederum die Rechtsnatur und die Rechtsgrundlage der EuGVVO berücksichtigt werden. Da es sich um eine EG-Verordnung handelt, kann die EuGVVO nach allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen – insbesondere im Hinblick auf die Zielzuständigkeit und die Zielverwirklichungsbefugnis der zur Rechtssetzung ermächtigten Organe⁹⁴ gem. Art. 249 iVm. Art. 5 EG – nur dann zur Anwendung gelangen, wenn ein zwischenstaatlicher Bezug besteht. Auch die Rechtsgrundlage der EuGVVO selbst, Art. 65 EG, verlangt einen solchen grenzüberschreitenden Bezug ausdrücklich. Vor allem aber wird dort als Voraussetzung genannt, dass die Maßnahme für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sein muss. Da die Verordnung als Sekundärrecht vertragskonform und damit im Lichte der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage ausgelegt

⁹³ Vgl. *Hausmann*, EuLF 2000/01, 40 (44); *Piltz*, NJW 2002, 789 (790).

⁹⁴ Vgl. dazu *Groeben/Schwarze-Schwartz*, Art. 308 EGV Rn. 13.

werden muss⁹⁵, lassen sich aus dieser Voraussetzung Rückschlüsse für die Art des Auslandsbezugs ziehen, der für Art. 2 Abs. 1 der EuGVVO zu fordern ist.

Der Binnenmarkt ist in Art. 14 Abs. 2 EG definiert: Er umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist. Die Voraussetzung des Art. 65 EG, dass die Maßnahme für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist, bedeutet also, dass mit der Maßnahme den vier Grundfreiheiten – und insbesondere dem freien Personenverkehr, mit dem sich Titel IV des Vertrages von Amsterdam befasst – Vorschub geleistet werden muss. Zwar ist der Binnenmarktbezug iSd. Art. 65 EG im Hinblick auf die umfassende Personenfreizügigkeit gem. Artt. 14 Abs. 2, 18 EG weit auszulegen, und der Gemeinschaftsgesetzgeber genießt einen weiten Einschätzungsspielraum.⁹⁶ Nichtsdestotrotz muss aber jene Voraussetzung des Art. 65 EG tatsächlich erfüllt sein, dass die Regelung für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist.⁹⁷

Dies kann nicht der Fall sein, wenn ein Sachverhalt ausschließlich Bezüge zu einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat aufweist. Zwar wird darauf hingewiesen, dass binnenmarktschädliche Reibungen schon auftreten, sobald die privaten Angelegenheiten einer Person über eine nationale Grenze hinwegreichen und insofern potentiell verschiedenen Privatrechtsordnungen unterliegen.⁹⁸ Dem ist auf den ersten Blick auch zuzugeben, dass ein grenzüberschreitender Bezug in der Tat dazu führt, dass verschiedene Privatrechtsordnungen auf den Sachverhalt Anwendung finden könnten, so dass eine gewisse Rechtsunsicherheit herbeigeführt wird; in Anbetracht dessen sinkt wiederum die Bereitschaft einer Person, ihre privaten Angelegenheiten über die nationalen Grenzen hinaus auszudehnen. Bei genauerer Betrachtung kann sich dies auf den Binnenmarkt aber nur dann schädlich auswirken, wenn die besagten Aktivitäten der Person auch tatsächlich zwei Binnenmarktstaaten betreffen. Sind hingegen nur ein Mitgliedstaat der Europäischen Union und ein Drittstaat betroffen, ist der Binnenmarkt nicht beeinträchtigt.

Dies legt den Schluss nahe, dass der grenzüberschreitende Bezug iSd. Art. 65 EG ein Bezug zwischen verschiedenen Staaten innerhalb des Binnenmarktes sein muss. Bei einem grenzüberschreitenden Bezug des Sachverhalts lediglich zu einem Drittstaat ergeben sich

⁹⁵ EuGH, Urteil vom 21.3.1991, Rs. C-314/89 – *Rauh / HZA Nürnberg*, Slg. 1991, I-1647 Rn. 17; Urteil vom 27.1.1994, Rs. C-98/91 – *Herbrink / Minister van Landbouw*, Slg. 1994, I-223 Rn. 9; *Bleckmann*, Rn. 554; *Groeben/Schwarze-Schmidt*, Art. 249 EGV Rn. 23; *Streinz*, Rn. 499.

⁹⁶ *Grabitz/Hilf-Röben*, Art. 65 EGV Rn. 2.

⁹⁷ EuGH, Urteil vom 5.10.2000, Rs. C-376/98 – *Tabakwerbeverbot-Richtlinie*, Slg. 2000, I-8419, Rn. 106 ff. Darauf weist ferner *Brechmann* hin: *Calliess/Ruffert-Brechmann*, Art. 65 EGV Rn. 2.

⁹⁸ *Schwarze-Wiedmann*, Art. 65 EGV Rn. 10.

demgegenüber keine Auswirkungen auf den Binnenmarkt. Der zu fordernde Auslandsbezug ist nach alledem ein Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat.

d) *Group Josi*-Rechtsprechung des EuGH

Diesem Ergebnis könnte allerdings die neuere Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ entgegenstehen. Der EuGH hat in dem Urteil *Group Josi* entschieden, dass Titel II des EuGVÜ auch dann Anwendung findet, wenn der Kläger in einem Drittland ansässig ist.⁹⁹ Dies spricht zunächst gegen den hier geforderten Auslandsbezug zu einem weiteren Mitgliedstaat. Es stellt sich aber die Frage, ob die Argumentation des EuGH ohne weiteres auf die EuGVVO übertragen werden kann.

Die EG-Verordnung muss den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften genügen. Insofern muss sie den Voraussetzungen ihrer Rechtsgrundlage gerecht werden. Eine derart weite Auslegung der Rechtsgrundlage in dem Sinne, dass auch ein Drittstaaten-Bezug als grenzüberschreitender Bezug gem. Art. 65 EG ausreicht, widerspricht aber dem gemeinschaftsrechtlichen Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das in Art. 5 EG niedergelegt ist. Dieses Prinzip besagt, dass eine gemeinschaftsrechtliche Maßnahme immer nur im Rahmen des Kompetenz-Kataloges des EG-Vertrages erlassen werden kann.¹⁰⁰ In der Rechtsgrundlage der EuGVVO ist ausdrücklich genannt, dass die Maßnahme für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sein muss. Dies ist aber nicht der Fall, wenn es sich um einen Sachverhalt handelt, der keinerlei Binnenmarkt-Bezug, sondern lediglich den Bezug zwischen einem einzigen Mitgliedstaat und einem Drittstaat aufweist. Unter gemeinschaftsrechtlichen Aspekten ist daher als Ergebnis festzuhalten, dass trotz des Urteils des EuGH ein Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat bestehen muss.¹⁰¹

e) Zwischenergebnis

Einzig überzeugend ist insofern die Reduktionstheorie. Wenngleich sich diese Theorie den Vorwurf gefallen lassen muss, sie führe zu Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage nach der

⁹⁹ EuGH, Urteil vom 13.7.2000, Rs. C-412/98 – *Group Josi / UGIC*, Slg. 2000, I-5925, Rn. 41f.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil vom 5.10.2000, Rs. C-376/98 – *Tabakwerbeverbot-Richtlinie*, Slg. 2000, I-8419, Rn. 83; Bleckmann, Rn. 380; Grabitz/Hilf-Nettesheim, Art. 249 EGV Rn. 60; Schweitzer, Rn. 335f..

¹⁰¹ Anderer Ansicht *Geimer*, der die Theorie von der teleologischen Reduktion nach dem *Group Josi*-Urteil des EuGH als „overruled“ ansieht; vgl. *Geimer*, EuLF 2000/01, 54 (57). Ebenso *Koch*, NVersZ 2001, 60 (60f.); *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Vor Art. 2 Rn. 8; *Staudinger*, IPRax 2000, 483 (483f). Offen gelassen bei *Gebauer*, ZEuP 2001, 943 (959ff.).

Anwendbarkeit der EuGVVO¹⁰² und bringe eine umständliche Rechtsanwendungsprozedur mit sich¹⁰³, so wird sie doch als einzige den Erfordernissen der Rechtsgrundlage des Art. 65 EG gerecht. An diesem Ergebnis vermag auch der Einwand keineswegs etwas zu ändern, dass mit Einführung der EuGVVO die normative Anknüpfung der Reduktionstheorie an die Präambel des EuGVÜ und deren Erwägungsgründe entfalle.¹⁰⁴ Wie oben ausführlich dargelegt wurde, lassen sich nämlich andere normative Anknüpfungspunkte für diese Theorie in der Rechtsgrundlage sowie in den Erwägungsgründen der EuGVVO finden.¹⁰⁵

Nach alledem ist festzuhalten, dass für die Anwendung des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO die ungeschriebene Voraussetzung besteht, dass der Sachverhalt einen grenzüberschreitenden Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat aufweisen muss.

f) Bestimmung anhand der Umstände des Einzelfalls

Dieser grenzüberschreitende Bezug ist in der Praxis anhand der Umstände des Einzelfalls festzustellen. Wie bereits an anderer Stelle erörtert wurde, ist diese Prüfung immer im Rahmen der jeweiligen Zuständigkeitsnorm vorzunehmen.¹⁰⁶ Das Augenmerk ist also auf diejenigen Merkmale zu richten, an die auch die betreffende Zuständigkeitsnorm anknüpft. Für den allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes gem. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO handelt es sich folglich um den Umstand, dass der Kläger seinen Wohnsitz bzw. seinen Sitz oder seine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat hat als der Beklagte.¹⁰⁷ Ist dies zu bejahen, weist der Sachverhalt einen grenzüberschreitenden Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat auf, und der Gerichtsstand des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO steht dem Kläger offen. Ist diese Voraussetzung hingegen nicht erfüllt, so ist für die Frage nach dem allgemeinen Gerichtsstand nicht die EuGVVO, sondern das autonome Zivilprozessrecht des Forumstaates auf den Sachverhalt anzuwenden.

3. Ergebnis

Die Anwendung des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO auf Sachverhalte im Internet bereitet nur dann Schwierigkeiten, wenn der „Wohnsitz“ eines virtuelles Unternehmens anhand der Hauptniederlassung gem. Art. 60 Abs. 1 EuGVVO zu bestimmen ist. Davon abgesehen, erge-

¹⁰² *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Vor Art. 2 Rn. 8.

¹⁰³ *Geimer/Schütze*, Art. 2 EuGVVO Rn. 113.

¹⁰⁴ So *Gebauer*, ZEuP 2001, 943 (961f.).

¹⁰⁵ Vgl. Abschnitt B II 4c im 1. Teil dieser Arbeit.

¹⁰⁶ Vgl. Abschnitt B II 4c im 1. Teil dieser Arbeit.

¹⁰⁷ Ebenso *Benecke*, S. 44, 52 (bezüglich Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ).

ben sich keine Rechtsanwendungsprobleme. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO allerdings auf solche Sachverhalte beschränkt, die einen grenzüberschreitenden Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat aufweisen. Sofern im Internet also beispielsweise ein Vertrag zwischen einem Nutzer mit Wohnsitz in der EU und einem Warenanbieter mit Sitz in den USA zustande kommt, ist der allgemeine Gerichtsstand gem. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO nicht eröffnet.

Abschließend ist außerdem darauf hinzuweisen, dass der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes keine Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit enthält. Diese richtet sich vielmehr nach den nationalen Zuständigkeitsregeln des Forumstaates.¹⁰⁸ In Deutschland sind dafür insbesondere die §§ 12-37 ZPO heranzuziehen.¹⁰⁹

IV. Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVVO

Sieht man vom allgemeinen Gerichtsstand gem. Art. 2 Abs. 1, 60 Abs. 1 EuGVVO am Wohnsitz bzw. Sitz des Beklagten ab, so gilt gem. Art. 3 Abs. 1 EuGVVO die Regel, dass Personen, die einen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaates nur dann verklagt werden können, wenn dies in den Vorschriften der EuGVVO festgeschrieben ist.

Insoweit kommt bei Rechtsstreitigkeiten nach Abschluss eines Vertrages im Internet zunächst der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVVO in Betracht. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes ist für Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus einem Vertrag einschlägig: Gem. Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO kann der Beklagte ungeachtet seines Wohnsitzes auch vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem die streitige Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre. Die Vorschrift entscheidet demnach nicht nur über die internationale, sondern auch über die örtliche Zuständigkeit.¹¹⁰ Keine Anwendung findet sie jedoch auf Verbraucherverträge. Dies ist Art. 16 Abs. 2 EuGVVO zu entnehmen, dem zufolge ein Verbraucher nur in seinem Wohnsitzstaat verklagt werden kann. An dieser Regelung wird deutlich, dass die Vorschriften des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO über den besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsortes für Verbraucherverträge keine Geltung erlangen können.¹¹¹

¹⁰⁸ Zöller-Geimer, Art. 2 EuGVVO Rn. 29; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 2 EuGVVO Rn. 3.

¹⁰⁹ Vgl. dazu unten Abschnitt D im 1. Teil dieser Arbeit.

¹¹⁰ Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 7; Schack, ZEuP 1998, 931 (939).

¹¹¹ Ebenso Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 14, Vor Art. 8 Rn. 1; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Vorbem Art. 15-17 EuGVVO Rn. 1; Zöller-Geimer, Art. 15-17 EuGVVO Rn. 2; Wernicke/Hoppe, MMR 2002, 643 (645).

Dem Eingangssatz des Art. 5 EuGVVO ist ferner die Anwendungsbeschränkung zu entnehmen, dass es sich um einen Ort in einem anderen Mitgliedstaat handeln muss. Das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs des Rechtsstreits¹¹² wird in Art. 5 EuGVVO somit dahingehend konkretisiert, dass der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat und in einem anderen Mitgliedstaat verklagt wird.¹¹³ Im Hinblick auf die obige Diskussion ist hier also dem Wortlaut der Vorschrift selbst zu entnehmen, dass der Bezug zu einem Drittstaat den Voraussetzungen des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO nicht genügen würde.

1. Gerichtsstand am Liefer- oder Dienstleistungsort gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO

Im Gegensatz zum EuGVÜ/LugÜ enthält die EuGVVO in Art. 5 Nr. 1 lit. b eine eigene Definition des Erfüllungsortes, sofern es sich um einen Kaufvertrag oder um einen Dienstleistungsvertrag handelt: Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO zufolge ist der Erfüllungsort der Verpflichtung für den Verkauf beweglicher Sachen der Ort, an dem sie nach dem Vertrag geliefert worden ist oder hätte geliefert werden müssen. Für die Erbringung von Dienstleistungen ist der Erfüllungsort gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b 2. Spiegelstrich der Ort, an dem sie nach dem Vertrag erbracht worden ist oder hätte erbracht werden müssen. Bei diesen Begriffsbestimmungen handelt es sich um zwei autonome Definitionen, die auf einem rein faktischen Kriterium beruhen¹¹⁴ und von dem materiellen Recht, das auf den Sachverhalt Anwendung findet, losgelöst sind.¹¹⁵ Die *Tessili*-Formel des EuGH¹¹⁶ ist insoweit nicht mehr anwendbar.¹¹⁷

Der auf diese Weise berufene Gerichtsstand ist für sämtliche Verpflichtungen aus dem Vertragsverhältnis und für sämtliche Klagearten eröffnet und erfasst damit auch Zahlungs- und Nebenleistungspflichten.¹¹⁸ Zwar wird dies aus der deutschen Sprachfassung der Verordnung nicht eindeutig ersichtlich, dafür aber aus den Materialien¹¹⁹ und aus anderen Sprachfassungen¹²⁰. Das bedeutet, dass fortan – anders als bei Anwendung von Art. 5 EuGVÜ/LugÜ¹²¹

¹¹² Vgl. dazu Abschnitt B II 4 im 1. Teil dieser Arbeit.

¹¹³ Ebenso *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Vor Art. 2 Rn. 8.

¹¹⁴ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 15.

¹¹⁵ *Finger*, MDR 2001, 1394 (1396); *Hau*, IPRax 2000, 354 (358); *Jayme/Kohler*, IPRax 1999, 401 (405); *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (328).

¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 6.10.1976, Rs. 12/76 – *Tessili*, Slg. 1976, 1473. Vgl. dazu unten Abschnitt B IV 2a im 1. Teil dieser Arbeit.

¹¹⁷ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 15.

¹¹⁸ *Hau*, IPRax 2000, 354 (359); *Jayme/Kohler*, IPRax 1999, 401 (405); *Kropholler/von Hinden*, GS Lüderitz (2000), S. 401 (406); *Leipold*, GS Lüderitz 2000, S. 431 (446f.); *Markus*, SZW 1999, 205 (211f.); *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (328).

¹¹⁹ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 15.

¹²⁰ Vgl. etwa die französische Fassung: „obligation qui sert de base à la demande“. Anders allerdings *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 38, dort Fn. 82.

– auf eine Mehrzahl von Gerichtsständen des Erfüllungsortes anhand der jeweils streitgegenständlichen Hauptleistungspflichten verzichtet wird.¹²² Die *De Bloos*-Entscheidung des EuGH¹²³ ist in diesem Zusammenhang ebenfalls nicht mehr von Bedeutung.¹²⁴

Mit den Neuerungen, die der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO gegenüber Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ aufweist, ergeben sich aber auch neue Rechtsanwendungsprobleme. Insbesondere die Differenzierung danach, ob überhaupt ein Kauf- oder Dienstleistungsvertrag iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO oder aber ein sonstiger Vertrag iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO vorliegt, bedarf genauerer Betrachtung. Dabei drängt sich im Hinblick auf die typischerweise im Internet geschlossenen Verträge die Untersuchung solcher Verträge auf, deren Einordnung als Kauf- oder Dienstleistungsverträge seit jeher ungeklärt ist. Schwerpunkt der Diskussion stellen daher Verträge dar, die den Erwerb eines elektronischen Leistungsgegenstandes im Wege der Online-Übertragung betreffen.

Des Weiteren bereitet die Bestimmung des Erfüllungsortes anhand der neuen Kriterien des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO Schwierigkeiten. Auf die Bestimmung des Liefer- bzw. Dienstleistungsortes bei typischen Internet-Verträgen ist mithin ebenfalls näher einzugehen.

a) Kaufvertrag über eine bewegliche Sache gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO

Die erste autonome Definition des Erfüllungsortes in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO bezieht sich auf Verträge, die den Verkauf beweglicher Sachen betreffen. Kaufverträge im Sinne der Vorschrift sind alle Austauschverträge, bei denen der Verkäufer zur Lieferung und Übereignung der Sache und der Käufer zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises und zur Abnahme der Sache verpflichtet ist.¹²⁵ Unproblematisch erfüllt ist diese Voraussetzung bei einer Warenbestellung im Internet, die sich auf einen beweglichen Gegenstand bezieht, welcher vom Veräußerer dann auf dem Postweg an den Erwerber versandt wird. In diesem Fall bestehen an der Anwendbarkeit des Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO keine Bedenken. Problematisch ist die Anwendung der Vorschrift hingegen auf Verträge, die den Erwerb eines elektronischen Gegenstandes im Wege der Online-Übertragung betreffen.

¹²¹ Zum Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. Art. 5 EuGVÜ/LugÜ siehe unten Abschnitt C III im 1. Teil dieser Arbeit.

¹²² *Hau*, IPRax 2000, 354 (359); *Gsell*, IPRax 2002, 484 (485).

¹²³ EuGH, Urteil vom 6.10.1976, Rs. 14/76 – *De Bloos*, Slg. 1976, 1497. Vgl. dazu unten Abschnitt B IV 2a im 1. Teil dieser Arbeit.

¹²⁴ *Gsell*, IPRax 2002, 484 (485).

¹²⁵ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 32.

aa) Verträge über den Erwerb eines elektronischen Leistungsgegenstandes im Wege der Online-Übertragung

Zu den Verträgen über den Erwerb eines elektronischen Leistungsgegenstandes im Wege der Online-Übertragung zählen Verträge zur Überlassung von Software ebenso wie solche zur Überlassung eines Films, eines Musikstückes oder eines Textes durch Download.¹²⁶ Zu denken ist in den letztgenannten Fällen etwa an das Herunterladen eines „Video on demand“, einer Musikdatei als „Music on demand“ oder eines E-Books via Internet von einem Server auf den Rechner des Erwerbers.¹²⁷ In allen Fällen stellt sich die Frage, ob diese Verträge überhaupt als Kaufverträge über bewegliche Sachen einzuordnen sind, wie es Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO voraussetzt.

(1) Rechtsnatur des Vertrages

Zu klären ist also, ob ein Vertrag, der die Online-Übertragung von Software, Film, Musik oder Text zum Gegenstand hat, als Kaufvertrag über eine bewegliche Sache iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO einzuordnen ist. Sowohl in den nationalen Rechtsordnungen, etwa im deutschen Recht¹²⁸, als auch im internationalen Einheitsrecht, namentlich im UN-Kaufrecht¹²⁹, wird zumindest die Frage nach der Rechtsnatur von Softwareüberlassungsverträgen seit langem kontrovers diskutiert. Sie stellt sich auch in der EuGVVO. Zwar sind hier autonome Maßstäbe anzulegen. Jedoch lassen sich die Argumente, die bisher in Bezug auf andere einheitsrechtliche Regelungen vorgebracht worden sind, durchaus auch im Rahmen der EuGVVO zur kritischen Würdigung heranziehen. Die Ergebnisse dieser Untersuchung können anschließend auf die Online-Übermittlung eines Films, Musikstücks oder Textes übertragen werden.

Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO setzt als Kaufgegenstand eine bewegliche Sache voraus. Entscheidend ist also, ob Software eine bewegliche Sache iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO darstellt. Die Erörterung hat sich daher zunächst der zentralen Vorfrage zu widmen, welche Rechtsnatur Software hat. Unter Zugrundelegung der dabei gewonnenen Erkenntnisse ist dann zu untersuchen, ob sie einen tauglichen Kaufgegenstand iSd. Art.

¹²⁶ Koch, Internet-Recht, S. 53; Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203 (232); ders., CR 1999, 512 (515).

¹²⁷ Zu den rechtstatsächlichen Grundlagen vgl. Cichon, Internetverträge, Rn. 1087-1094.

¹²⁸ Vgl. dazu ausführlich Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf (1989).

¹²⁹ Vgl. etwa Czerwenka, S. 148; Diedrich, RIW 1993, 441 ff.; Endler/Daub, CR 1993, 601 ff..

5 EuGVVO darstellt. Im Rahmen dieser Untersuchung gilt es, den Sachbegriff des Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO autonom zu definieren.

(a) Rechtsnatur von Software

Nach allgemeingültiger Definition ist Software ein Computerprogramm und damit ein Ausdruck für eine Folge von Befehlen, die dazu dienen, einen Computer zur Ausführung einer bestimmten Aufgabe oder Funktion zu veranlassen.¹³⁰ Darauf verweisend, wird von vielen Stimmen in der Literatur vertreten, dass Software eben deswegen, weil sie bloß aus elektronisch gespeicherten Befehlsfolgen bestehe, räumlich nicht abgrenzbar und demzufolge ein unkörperliches, rein geistiges Gut sei.¹³¹ Dagegen wird jedoch eingewandt, dass Software immer auf einem Datenträger gespeichert sein müsse, um funktionstüchtig zu sein, sei es auf der Festplatte eines Computers, auf einer Diskette oder CD-Rom; ohne Verkörperung auf einem Datenträger könne sie hingegen nicht ihrem Zweck gemäß verwendet werden.¹³² Daher wird von der Gegenansicht vertreten, dass es sich auch bei der Software selbst, die sich auf einem solchen, unstreitig körperlichen Datenträger befindet, um einen körperlichen Gegenstand handeln müsse.¹³³

Der letztgenannten Meinung ist zuzugeben, dass die exakte Trennung zwischen der Software als dem geistigen Gut und ihrer Verkörperung auf einem Datenträger in der Praxis häufig als lebensfremd erscheint. Dies wird deutlich bei einem Vergleich etwa mit Büchern oder Musik-CDs. Auch dort steht letztlich die geistige Leistung im Vordergrund und nicht die papierenen Seiten des Buches oder der CD-Rohling. Diese fungieren lediglich als Träger des geistigen Gutes. Dennoch wird nach allgemeiner Verkehrsauffassung nicht bezweifelt, dass ein Buch oder eine Musik-CD ein körperlicher, im Raum abgrenzbarer Gegenstand ist. Niemand käme auf den Gedanken, bei der rechtlichen Betrachtung die geistige Idee des Buches von den räumlich abgrenzbaren Papierseiten zu trennen, auf denen es gedruckt ist, oder die Musik von der CD zu isolieren, auf die sie überspielt wurde. Nichts anderes kann dann aber für Software gelten, die auf einem festen Datenträger gespeichert ist, d.h. auf einer Diskette oder CD-Rom. Die letztgenannte Ansicht verdient demnach zumindest insoweit Zustimmung,

¹³⁰ Vgl. etwa *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287 (295); *Goldschlager/Lister*, S. 16f.; *Marly*, BB 1991, 432 (433).

¹³¹ *Brandi-Dohrn*, CR 1986, 63 (66); *Diedrich*, CR 2002, 473 (475); *Engel*, BB 1985, 1159 (1160); *Junker*, WM 1988, 1217 (1218); *Koch*, Internet-Recht, S. 53; *Mehring*, GRUR 1985, 189 (192); *Pichler*, in: *Hören/Sieber* (Hrsg.), Teil 31 Rn. 179; *Thorn*, IPRax 1999, 1 (3).

¹³² *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287 (296); *Marly*, BB 1991, 432 (433).

¹³³ *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287 (296); *König*, DB 1989, Beilage 13, S. 26 (27); *ders.*, NJW 1993, 3121 (3124); *Marly*, BB 1991, 432 (433f.).

als sie für solche Software, die zum Zeitpunkt des Erwerbs auf einem Datenträger verkörpert ist, die Körperlichkeit bejaht.

Fraglich ist hingegen, ob man auch dem Argument zustimmen sollte, dass die Rechtsnatur der Software nicht losgelöst von ihrem körperlichen Datenträger festgestellt werden kann, da Software nur dann funktionstüchtig ist, wenn sie auf einem Datenträger gespeichert ist. Dieses Argument lässt den Umstand unberücksichtigt, dass Software heutzutage in vielen Fällen online durch Download von einem Server auf den Computer des Erwerbers übertragen wird, dass also der Erwerb von Software vielfach gerade nicht mehr auf einem körperlichen Datenträger stattfindet. Im Fall des Downloads via Internet handelt es sich lediglich um einen Datenstrom, der in Telefonkabeln fließt, wobei sich eine Vielzahl einzelner Daten-Pakete ihren Weg in weltweiten Telefonnetzen suchen. Dabei ist der Datenstrom weder sichtbar noch greifbar und auch nicht räumlich abgrenzbar. Software ist also für sich betrachtet nicht körperlich, sondern ein immaterielles Gut. Zwar hat der Hinweis auf die Funktionstüchtigkeit insofern seine Richtigkeit, als auch der Erwerber von Software im Wege der Online-Übertragung nicht umhin kann, selbige auf einem Datenträger zu speichern, sofern er sie ihrer Bestimmung gemäß verwenden will. Er vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass Software als solche im Zeitpunkt des Erwerbs unkörperlich ist. Zwar erfolgt eine Verbindung mit der Festplatte des Erwerbers. Erworben wird aber dennoch nur das, was als Datenstrom auf diese Festplatte gelangt.

Die Software als solche stellt sich demnach in den Fällen eines Erwerbs durch Download als bloßer Datenstrom und demnach als ein unkörperliches Gut dar. Die Feststellung, dass Software körperlich ist, beschränkt sich folglich auf den Fall, dass sich die Software im Moment des Erwerbs auf einem dauerhaften Datenträger, d.h. auf einer Diskette oder CD-Rom, befindet.¹³⁴

Eine entsprechende Beurteilung muss dann auch für Videodateien, Musikdateien und Textdateien gelten, die im Wege der Online-Übertragung erworben werden. Der Umstand, dass ihr Inhalt auch als Videokassette, Musik-CD oder Buch erhältlich ist, vermag nichts daran zu ändern, dass sie als bloße Dateien unkörperliche Güter sind.

¹³⁴ Anderer Ansicht allerdings *Marly*, der Computerprogramme unabhängig von der Speicherung auf einem Datenträger als Sachen einstuft: *Marly*, BB 1991, 432 (435f.).

(b) Begriff der „Sache“ iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO

Nach alledem kommt es für die Anwendbarkeit des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO entscheidend darauf an, ob eine „Sache“ iSd. Vorschrift nur körperliche Gegenstände erfasst oder ob auch unkörperliche Gegenstände einbezogen sind. Werden unter „Sachen“ nur körperliche Gegenstände verstanden, so ist Software ebenso wie eine Bild-, Musik- oder Textdatei, die im Wege der Online-Übertragung erworben werden, kein tauglicher Kaufgegenstand. Werden hingegen auch unkörperliche Güter als „Sachen“ angesehen, so bestehen an der Subsumtion der betreffenden Gegenstände keine Bedenken.

Die Verordnung selbst enthält keine Definition der „beweglichen Sachen“ gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO. Auch die Begründung zur EuGVVO und andere Rechtsakte der Gemeinschaft geben keinen Aufschluss darüber, wie eine „bewegliche Sache“ im europarechtlichen Kontext definiert werden muss. Möglicherweise lassen sich aber aus den verschiedenen Sprachfassungen des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO und durch einen Blick auf das internationale Einheitsrecht Rückschlüsse dafür ziehen, was als tauglicher Kaufgegenstand iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO anzusehen ist.

(aa) Wortlaut

In der deutschen Fassung der EuGVVO wird der Begriff der „Sache“ verwendet. Nach deutschem Rechtsverständnis handelt es sich bei einer Sache um einen körperlichen Gegenstand, wie die Legaldefinition in § 90 BGB besagt. Im österreichischen Recht hingegen ist eine Sache gem. § 285 ABGB alles, was von der Person unterschieden ist und zum Gebrauch des Menschen dient. Dort ist das Merkmal der Körperlichkeit also kein Bestandteil der Legaldefinition. Diese Unterschiede im deutschen und im österreichischen Verständnis des Begriffs machen deutlich, dass es im deutschsprachigen Raum keine einheitliche Begriffsbestimmung für eine „Sache“ gibt. Anhand der deutschen Sprachfassung des Art. 5 EuGVVO lässt sich demnach nicht eindeutig ersehen, ob eine korrekte Definition der „Sachen“ iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO auf körperliche Gegenstände beschränkt ist oder auch unkörperliche Gegenstände erfasst.

Insofern bietet sich ein Blick auf weitere Sprachfassungen der Vorschrift an. Exemplarisch soll hier auf die englische und auf die französische Fassung eingegangen werden. In der englischen Fassung bezieht sich Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO auf einen „sale of goods“. Nach englischem Rechtsverständnis erfasst ein „sale of goods“ immer nur körperliche

Gegenstände.¹³⁵ Für Computersoftware, die sich nicht auf einem körperlichen Datenträger befindet, hat dies der englische Court of Appeal – wenn auch nur in einem Obiter dictum – ausdrücklich erklärt: Es handelt sich hierbei nicht um „goods“.¹³⁶ Die Wahl derselben Begrifflichkeit in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO könnte also darauf hindeuten, dass auch im europarechtlichen Kontext mit „goods“ nur bewegliche körperliche Gegenstände gemeint sind.

Aus der französischen Fassung lässt sich allerdings nicht unbedingt derselbe Schluss ziehen. Die französische Fassung verwendet in Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO die Formulierung „ventes de marchandises“. Bei dem Begriff „marchandises“ handelt es sich um eine untechnische Formulierung, die übersetzt „Güter/Waren/Fracht“ bedeutet.¹³⁷ Bemerkenswert ist aber, dass die französische Terminologie des internationalen Einheitsrechts auch den Begriff der „objets corporels mobiliers“ kennt¹³⁸, was in wörtlicher Übersetzung „körperliche bewegliche Gegenstände“ bedeutet.¹³⁹ Der Umstand, dass die Verordnung aber gerade nicht diesen Begriff, sondern die untechnische Formulierung „marchandises“ enthält, könnte also darauf hindeuten, dass in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO gerade keine Beschränkung auf körperliche Gegenstände beabsichtigt war.

Letztlich verbleiben aber auch nach exemplarischer Betrachtung der englischen und der französischen Sprachfassung des Art. 5 EuGVVO Unklarheiten bei der Begriffsbestimmung. Der Wortlaut des Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich führt demnach zu keinem eindeutigen Ergebnis über die Definition der „Sache“.

(bb) Rechtsverständnis im internationalen Einheitsrecht

Möglicherweise gibt aber ein Vergleich mit dem Rechtsverständnis dieser Begriffe im internationalen Einheitsrecht Aufschluss, namentlich in Art. 1 Abs. 1 des Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)¹⁴⁰. Dieser Vergleich liegt insofern nahe, als es sich auch bei der EuGVVO – ebenso wie bei dem Wiener UN-Übereinkommen – um staatenübergreifendes Einheitsrecht handelt. Zwar ist das europäische Gemeinschaftsrecht in seinem territorialen Anwendungsbereich auf die Mitgliedstaaten

¹³⁵ Chissick, Rn. 3.05; Czerwenka, S. 147.

¹³⁶ *St Alban's City and District Council v International Computers Ltd* [1996] 4 All. E.R. 481 (493), per Sir Iain Glidewell. Noch weiter geht eine schottische Entscheidung: In *Beta Computers (Europe) Ltd. v Adobe Systems (Europe) Ltd.* [1996] SLT 604 (608 ff.) wurde geurteilt, dass sogar der Erwerb von Standardsoftware auf einem körperlichen Datenträger kein „sale of goods“ sei.

¹³⁷ *Doucet/Fleck*, unter „marchandises“.

¹³⁸ Dieser Begriff findet sich etwa in der französischen Fassung des Art. 1 Abs. 1 EKG von 1973.

¹³⁹ Vgl. *Diedrich*, RIW 1993, 441 (446), dort Fn. 52.

¹⁴⁰ Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, BGBl. 1989 II, S. 588.

der EU beschränkt und kann demnach, anders als das CISG, nicht weltweite Geltung erlangen. Dennoch handelt es sich auch hier um staatenübergreifende Regelungen, für deren autonome Definition und Auslegung sich die unmittelbare Anwendung des nationalen Rechts einzelner Mitgliedstaaten verbietet.¹⁴¹

Allerdings wird in der deutschen Sprachfassung von Art. 1 Abs. 1 CISG nicht der gleiche Begriff verwendet wie in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO, sondern die Formulierung „Waren“ statt „Sachen“, was einen Vergleich der beiden Begrifflichkeiten zunächst als wenig naheliegend erscheinen lässt. Zu bedenken ist aber, dass die deutsche Sprachfassung des CISG ohnehin keine Originalfassung darstellt, so dass an dieser Stelle nur die englische und die französische Fassung des UN-Übereinkommens betrachtet werden soll, die beide zu den Originalfassungen gehören. Insofern steht einer vergleichenden Betrachtung letztlich doch nichts im Wege. In der englischen bzw. in der französischen Fassung des Art. 1 Abs. 1 CISG wurden nämlich die gleichen Begriffe wie in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO gewählt, nämlich „goods“ und „merchandise“.

Problematisch ist aber, dass auch im Rahmen des UN-Kaufrechts Streit¹⁴² darüber herrscht, ob es sich bei den „goods“ bzw. „merchandise“ grundsätzlich um bewegliche körperliche Gegenstände handeln muss¹⁴³ oder ob dem Begriff nicht vielmehr sämtliche Gegenstände unterfallen, die beweglich und hinreichend als individuelle Vertragsgegenstände bestimmbar sind und an denen Eigentum übertragen werden kann¹⁴⁴. Gerade im Hinblick auf den Erwerb von Computersoftware im Wege der Online-Übertragung wird die Frage nach der Anwendbarkeit des CISG in der internationalen Diskussion nicht einheitlich beurteilt.¹⁴⁵ Angesichts der ebenso unklaren Rechtslage im UN-Kaufrecht kann also auch der Blick auf das vereinheitlichte Recht über den internationalen Warenkauf bei der Ermittlung des Sinngehalts der Begriffe „bewegliche Sachen“ bzw. „goods“ oder „merchandise“ nicht weiterhelfen.

¹⁴¹ Vgl. für das CISG *Diedrich*, RIW 1993, 441 (443); *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 7 Rn. 9; *Reinhart*, UN-Kaufrecht, Art. 1 Rn. 1.

¹⁴² Darauf weist auch *Diedrich* hin: RIW 1993, 441 (443).

¹⁴³ So die herrschende Meinung: *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 1 Rn. 34; *Czerwenka*, S. 147; *Endler/Daub*, CR 1993, 601 (602); *Hoyer/Posch-Hoyer*, S. 38; *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 1 CISG Rn. 21.

¹⁴⁴ So in einer weiten Auslegung der Begriffe *Diedrich*, RIW 1993, 441 (452).

¹⁴⁵ *Koch*, Internet-Recht, S. 52. Vgl. zur Diskussion in der deutschsprachigen Rechtsprechung und Lehre OLG Koblenz, RIW 1993, 934 (936); OLG Köln, RIW 1994, 970 (971); *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 1 Rn. 38; *Czerwenka*, S. 138; *Diedrich*, Autonome Auslegung, S. 174-323; *ders.*, RIW 1993, 441 ff.; *Endler/Daub*, CR 1993, 601 (604f.); *Hoeren*, CR 1988, 908 (916); *Karollus*, S. 21; *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 44. Exemplarisch zur US-amerikanischen Literatur siehe *Fakes*, *Software Law Journal* 3 (1990), 559 ff.; *Honnold*, *Uniform Law*, Art. 2 Rn. 56, S. 100f.; *Primak*, *Computer/Law Journal* 11 (1991), 197 ff..

(cc) Auslegung im Lichte des EG-Vertrages

Nach alledem ist daher auf die spezifischen europarechtlichen Rechtsgrundsätze zurückzugreifen und eine Auslegung der Begriffe im Lichte des EG-Vertrages vorzunehmen. Wenngleich die Rechtsgrundlage für die EuGVVO, Art. 65 EG, in diesem Fall nicht weiterhilft, so gibt immerhin die Begriffsbestimmung durch den EuGH für dieselben Begriffe in Art. 23 EG Aufschluss über ihren Sinngehalt. Das Gericht hat den Begriff der Waren im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr iSd. Art. 23 ff. EG definiert. Zwar spricht Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO nicht von „Waren“, sondern von „beweglichen Sachen“. Jedoch ist wiederum zu bedenken, dass in der englischen und in der französischen Fassung des Art. 5 EuGVVO die gleichen Begriffe verwendet werden wie in Art. 23 ff. EG, nämlich „goods“ bzw. „marchandises“. Insofern ist davon auszugehen, dass die Ausführungen des EuGH durchaus für die Begriffsbestimmung im Rahmen des Art. 5 EuGVVO herangezogen werden können. Von einem ebensolchen Verständnis zeugen auch die Ausführungen von *Kropholler*, wonach der Kauf beweglicher Sachen iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO vor allem der „Waren“-Kauf sei.¹⁴⁶

Hinsichtlich des Begriffs der „Waren“ iSd. Art. 23 ff. EG hat der EuGH schon früh entschieden, dass darunter in der Regel nur körperliche Gegenstände fallen.¹⁴⁷ Um eine Abgrenzung zu den Dienstleistungen vorzunehmen, hat der Gerichtshof klargestellt, dass auch solche Gegenstände, die auf Datenträgern gespeichert werden, als Waren anzusehen seien.¹⁴⁸ Dem Urteil *Brown Boveri* zufolge unterfällt dabei ausdrücklich auch Software auf einem elektronischen Datenträger dem Warenbegriff.¹⁴⁹ Der EuGH hat jedoch ferner geurteilt, dass eine Übermittlung von Daten, die ohne die Nutzung von materiellen Datenträgern erfolge, nicht dem Warenbegriff entspreche, sondern vielmehr eine Dienstleistung darstelle.¹⁵⁰ Diese Rechtsprechung bezieht sich zwar nicht auf Software, sondern auf die Ausstrahlung einer Fernsehsendung. Der Kerngedanke dieser Rechtsprechung ist jedoch die grundlegende Unterscheidung zwischen der Übertragung von Daten auf einem elektronischen Datenträger einerseits und der Übermittlung von Daten ohne Nutzung von Datenträgern andererseits. Überträgt man diese Differenzierung auf die Softwareüberlassung, ergibt sich damit folgendes Resultat: Sofern die

¹⁴⁶ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 33.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil vom 14.7.1977, Rs. 1/77 – *Bosch / HZA Hildesheim*, Slg. 1977, 1473 Rn. 4. Vgl. ferner *Grabitz/Hilf-Leible*, Art. 28 EGV Rn. 45; *Schwarze-Meesenburg*, Art. 23 EGV Rn. 15.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 30.4.1974, Rs. 155/73 – *Sacchi*, Slg. 1974, 409 Rn. 7f.; Urteil vom 20.1.1981, Rs. 55/80 und 57/80, Slg. 1981, 147 – *Musik-Vertrieb Membran / GEMA*, Rn. 8; Urteil vom 11.7.1985, Rs. 60/84 und 61/84 – *Cinéthèque*, Slg. 1985, 2605 Rn. 9 ff.; Urteil vom 18.4.1991, Rs. C-79/89 – *Brown Boveri / HZA Mannheim*, Slg. 1991, I-1853 Rn. 21.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 18.4.1991, Rs. C-79/89 – *Brown Boveri / HZA Mannheim*, Slg. 1991, I-1853 Rn. 21.

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 30.4.1974, Rs. 155/73 – *Sacchi*, Slg. 1974, 409 Rn. 6. Vgl. auch *Grabitz/Hilf-Voß*, Art. 23 EGV Rn. 12.

Software auf einem Datenträger verkörpert ist, handelt es sich unzweifelhaft um eine Ware.¹⁵¹ Wird sie hingegen losgelöst von einem materiellen Datenträger übermittelt, handelt es sich um eine Dienstleistung.¹⁵² Software, die im Wege des Downloads via Internet übermittelt wird, ist nach diesem Verständnis von der Rechtsprechung des EuGH also keine Ware.¹⁵³ Entsprechend der Einordnung durch den EuGH handelt es sich bei den über das Internet übertragenen Daten vielmehr um eine Dienstleistung.¹⁵⁴

Die gleichen Grundsätze gelten im Übrigen auch für Filme, Musikstücke oder Texte: Bei Verkörperung derselben auf einem Datenträger handelt es sich um eine Ware, nicht aber bei der Übermittlung solcher Daten ohne die Nutzung von materiellen Datenträgern.¹⁵⁵ Sie sind Gegenstand einer Dienstleistung.¹⁵⁶

Aufgrund der Verwendung der gleichen Begrifflichkeiten in der EuGVVO – zumindest in deren englischer und französischer Fassung – sind diese Erkenntnisse auch auf Art. 5 der Verordnung zu übertragen. Nach alledem sind mit „goods“ oder „marchandises“ iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO nur körperliche Gegenstände gemeint.

(dd) Ergebnis

Als Ergebnis der Begriffsbestimmung ist also festzuhalten, dass als Sache iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO nur ein körperlicher Gegenstand in Betracht kommt. Software, die auf einem körperlichen Datenträger, d.h. einer Diskette oder einer CD-Rom, überlassen wird, ist also eine Sache iSd. Vorschrift und damit ein tauglicher Kaufgegenstand iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO. In diesem Fall bestehen auch keine Bedenken an der Voraussetzung der Beweglichkeit der Sache, die lediglich der Abgrenzung gegenüber Immobilien dient.¹⁵⁷ Software, die im Wege der Online-Übertragung erworben wird, ist hingegen keine Sache iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO. Die gleiche Differenzierung muss dann auch für den Erwerb von Filmen, Musikstücken oder Texten gelten. Werden sie als Datenpaket via Internet übermittelt, etwa als „Video on demand“, „Music on demand“ oder E-Book, sind sie ebenfalls kein tauglicher Kaufgegenstand iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO.

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 18.4.1991, Rs. C-79/89 – *Brown Boveri / HZA Mannheim*, Slg. 1991, I-1853 Rn. 21.

¹⁵² Grabitz/Hilf-Voß, Art. 23 EGV Rn. 12.

¹⁵³ Ebenso Grabitz/Hilf-Voß, Art. 23 EGV Rn. 12.

¹⁵⁴ Grabitz/Hilf-Voß, Art. 23 EGV Rn. 12.

¹⁵⁵ Schwarze-Meesenburg, Art. 23 EGV Rn. 20.

¹⁵⁶ Schwarze-Meesenburg, Art. 23 EGV Rn. 20.

¹⁵⁷ Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 34.

Dieses Ergebnis mag verwundern. Es fragt sich, ob nicht der Erwerb ein und derselben Software auf einem körperlichen Datenträger einerseits und im Wege der Online-Übertragung andererseits bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise und unter Beachtung der Parteiinteressen gleich behandelt werden müssten. So wird etwa im internationalen Markenrecht Software ausdrücklich „unabhängig von der Art des Aufnahme- oder Verbreitungsmediums“ einheitlich klassifiziert.¹⁵⁸

Der Frage nach einer Gleichbehandlung, die sich auch bei dem Erwerb eines Films, Musikstücks oder eines Textes stellt, soll im Folgenden nachgegangen werden.

(c) Gleichbehandlung aufgrund wirtschaftlicher Betrachtungsweise

Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise des Sachverhalts und die Berücksichtigung der Parteiinteressen könnten dagegen sprechen, die beiden möglichen Wege des Erwerbs von Software, einem Film, Musikstück oder Text einer unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung zuzuführen. In Bezug auf Software wird insoweit vertreten, dass es unter diesen beiden Aspekten keinen Unterschied mache, ob die Software auf einer Diskette oder CD-Rom übergeben wird oder ob sie per Datenfernübertragung auf den Rechner des Erwerbers gelangt: Der wirtschaftliche Wert bestehe keinesfalls in dem körperlichen Datenträger, dessen Materialwert äußerst gering sei¹⁵⁹, sondern in der Software selbst. Gegenstand des Parteiinteresses sei insofern immer die Software selbst und nicht etwa der körperliche Datenträger.¹⁶⁰ Die Art und Weise der Übertragung von Software sei vielmehr ein nebensächlicher Aspekt.¹⁶¹ Für die Parteien von Bedeutung sei lediglich, dass die Software zu guter Letzt auf dem Rechner des Erwerbers funktioniere.¹⁶² Ob sie via Internet durch Download oder per Datenkabel oder von einer Diskette oder CD-Rom auf die Festplatte des Rechners überspielt wurde, mache für die Parteien keinen Unterschied.¹⁶³ Mithin gebe es auch keinen Anlass, die rechtliche Beurteilung davon abhängig zu machen, auf welchem Medium die Software an den Erwerber übermittelt werde.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Vgl. die Internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken (Klassifikation von Nizza), 8. Auflage (1.1.2002), Klasse 9, dort die erläuternde Anmerkung: „Diese Klasse enthält insbesondere (...) Computerprogramme und Software aller Art, unabhängig von der Art des Aufnahme- oder Verbreitungsmediums; auf magnetischen Trägern gespeicherte oder von einem externen Computernetzwerk heruntergeladene Software.“ Zu finden unter <http://www.ige.ch/D/marke/documents/m12106d.pdf>.

¹⁵⁹ Darauf weisen auch hin: *Bormann/Bormann* DB 1991, 2641 (2644).

¹⁶⁰ BGHZ 102, 135 (140); NJW 1990, 320 (321); *Marly*, BB 1991, 432 (435).

¹⁶¹ BGH NJW 1990, 320 (321); *Kort*, DB 1994, 1505 (1506); *Marly*, BB 1991, 432 (435).

¹⁶² BGH NJW 1990, 320 (321); *Hoeren*, RDV 1988, 115 (116); *ders.*, CR 1988, 908 (911f.); *ders.*, GRUR 1988, 340 (342); *König*, NJW 1989, 2604 (2605).

¹⁶³ *König*, NJW 1989, 2604 (2605); *Marly*, BB 1991, 432 (435).

¹⁶⁴ So im Ergebnis BGH NJW 1990, 320 (321); *Marly*, BB 1991, 432 (435).

Dagegen ist zum einen einzuwenden, dass die Entscheidung des Erwerbers, sich die Software entweder auf Diskette bzw. CD-Rom zu beschaffen oder aber durch einen Download, durchaus von besonderen Erwägungen getragen sein kann. So bietet Ersteres für weniger versierte Nutzer eines Computers etwa den Vorteil, dass die Software bereits auf einem dauerhaften Datenträger außerhalb des Computers gespeichert ist und somit sicherer aufbewahrt werden kann, als wenn das Programm lediglich auf der Festplatte gespeichert ist. Zumindest einem Anfänger unterlaufen am Computer häufig noch Bedienungsfehler, die es auch mit sich bringen können, dass ein Programm aus Versehen einmal von der Festplatte gelöscht wird. Ein technisch nicht optimal ausgestatteter Computernutzer ist außerdem selbst gar nicht in der Lage, ein Computerprogramm, das sich nach einem Download auf der Festplatte befindet, auf einen externen Datenträger zu speichern. Dies kann etwa daran scheitern, dass dem Nutzer ein CD-Brenner dafür fehlt. Diese Überlegungen zeigen, dass zumindest der Software-Erwerber durchaus besondere Interessen an einer Softwareüberlassung auf einem körperlichen Datenträger haben kann.

Denkbar ist auf der anderen Seite, dass ein wenig geschulter Software-Erwerber angesichts der besonderen Sachkenntnis des Veräußerers eine Datenübertragung via Datenkabel unter Anwesenheit des Veräußerers bevorzugt und sich vor diesem Hintergrund gegen den Erwerb des Computerprogramms auf einer CD-Rom entscheidet. Ein anderer, besonders versierter Nutzer legt demgegenüber vielleicht den größten Wert darauf, dass die Beschaffung des Computerprogramms besonders zügig und ohne fremde Hilfe am eigenen Bildschirm vonstatten geht, indem ein Download via Internet vorgenommen wird. Die zusätzlichen Umstände, dass er anschließend selbst eine Kopie auf einem externen Datenträger machen muss, nimmt dieser Erwerber gern in Kauf.

Demnach gibt es zumindest auf Erwerberseite durchaus unterschiedliche Interessen, die für die Wahl der Form der Software-Übertragung den Ausschlag geben. Aber auch auf Seiten des Software-Veräußerers können besondere Interessen dafür vorhanden sein, einen bestimmten Weg für die Softwareüberlassung zu wählen. Denkbar ist etwa, dass ein kleiner Softwareveräußerer gar nicht über ein derart großes Vertriebssystem verfügt, dass er seine Software auf körperlichen Datenträgern in Ladenlokalen verkaufen könnte. Er wird daher die Veräußerung nur im Wege des Downloads anbieten.

Die Ansicht, dass Gegenstand des Parteiinteresses immer nur die Software selbst sei, der Übertragungsweg hingegen nebensächlich sei, ist mithin eine stark verkürzte Sicht der tat-

sächlichen Abläufe. Eine Gleichbehandlung beider Sachverhalte aufgrund gleicher Parteiinteressen leuchtet schon aus diesem Grund nicht ein.

Des Weiteren führt auch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu dem Ergebnis, dass sich eine Gleichbehandlung beider Sachverhalte verbietet. So ist anzunehmen, dass die Überlassung von Software auf einem körperlichen Datenträger aufgrund des aufwendigeren Vertriebssystems für den Veräußerer mit wesentlich höheren Kosten verbunden ist, die letztlich zu einem höheren Preis für den Erwerber führen. Somit kann es unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten für die beiden Parteien durchaus einen Unterschied machen, auf welchem Weg die Softwareüberlassung erfolgt.

Zum anderen kann sogar dann, wenn man in allen Fällen die gleichen Parteiinteressen und die gleichen wirtschaftlichen Umstände unterstellt, nicht geleugnet werden, dass sich die Software in dem einen Fall des Erwerbs auf einem körperlichen Datenträger befindet und in dem anderen Fall bloß als Datenmenge überlassen wird. Daran vermag letztlich weder die wirtschaftliche Betrachtungsweise noch die Interessenlage der Parteien etwas zu ändern. Sofern ein Gesetz zwischen körperlichen und unkörperlichen Gegenständen eine Unterscheidung vornimmt, ist zumindest bei einer dogmatisch sorgfältigen Betrachtung an der rechtlichen Einordnung des Erwerbsgegenstandes in diese Kategorien nicht zu rütteln. Die körperliche oder unkörperliche Struktur des Erwerbsgutes besteht nun einmal unabhängig von Parteiinteressen und wirtschaftlichen Erwägungen. Dessen ist sich letztlich auch *Marly* bewusst, wenn er einräumt, dass der dogmatische Weg zur Begründung einer Gleichbehandlung der beiden Sachverhalte „zweifelhaft“ sei.¹⁶⁵

Dass bei einer Gleichbehandlung beider Sachverhalte die Grenzen des unter dogmatischen Gesichtspunkten Vertretbaren überschritten werden, wird besonders deutlich, wenn man die für die Software-Überlassung angestellten Überlegungen auf den Erwerb eines Buches oder einer Musik-CD überträgt. Diese beiden Beispiele haben den Vorteil, dass sie weniger abstrakt und technisch weniger kompliziert sind als die Softwareüberlassung. Auch bei diesen Erwerbsgegenständen ist die geistige Idee, die hinter dem Buch oder der Musik-CD steht, der Mittelpunkt des Parteiinteresses, nämlich das darin bzw. darauf enthaltene literarische oder musikalische Werk. Das Werk und nicht das Medium bestimmt ferner den wirtschaftlichen Wert des Gegenstandes. Nichtsdestotrotz macht es rechtlich gesehen einen Unterschied, ob der Erwerber das Buch oder die CD erwirbt oder ob er stattdessen eine Lesung des im Buch abgedruckten Textes oder ein Konzert besucht.

¹⁶⁵ *Marly*, BB 1991, 432 (435).

Zwar kann an dieser Stelle eingewandt werden, dass der Vergleich schon insofern hinkt, als das Buch etwas Dauerhaftes ist, während die Literaturlesung oder das Konzert nur vorübergehender Natur ist, so dass sich schon aus diesem Grund eine Gleichbehandlung beider Sachverhalte verbietet. Aber angenommen, der an der geistigen Idee Interessierte macht während der Literaturlesung oder während des Konzertes gegen Entgelt eine Aufnahme des Stückes auf CD und speichert damit die „per Schallwellen“ übertragene geistige Idee auf einem dauerhaften Datenträger: So würde trotzdem niemand auf den Gedanken kommen, dass bei diesem Mitschnitt eine Gleichbehandlung mit dem Erwerb des Buches, in dem derselbe Text in geschriebener Form verkörpert ist, oder der CD, auf die das Musikstück eingespielt wurde, angebracht ist.

Bei lebensnaher Betrachtung macht es also durchaus einen Unterschied, ob sich die geistige Idee zum Zeitpunkt des Erwerbes auf einem körperlichen Medium befindet oder nicht. Ein Buch mit einer darin niedergeschriebenen Geschichte oder eine CD mit einem Musikstück darauf sind körperliche Gegenstände. Unstreitig kein körperlicher Gegenstand ist hingegen deren Lesung bzw. Aufführung, und zwar auch dann nicht, wenn der Erwerber gegen Entgelt einen Mitschnitt auf einem körperlichen Datenträger anfertigt. Niemandem drängt sich bei diesem Vorgang der Vergleich auf, dass der Betreffende in diesem Moment gleichsam ein Buch oder eine CD erworben habe. Für die rechtliche Einordnung des erworbenen Gutes ist also üblicherweise doch danach zu differenzieren, ob selbiges zum Zeitpunkt des Erwerbs verkörpert ist oder nicht.

Die einzige dogmatisch einwandfreie Betrachtung ist nach alledem diejenige, die bei dem Erwerb danach unterscheidet, ob sich das geistige Gut auf einem körperlichen Medium befindet oder nicht. Dies gilt bei dem Erwerbsgut Software ebenso wie bei einem literarischen oder musikalischen Werk. Bei dogmatisch korrekter Betrachtungsweise verbietet sich in allen diesen Fällen eine Gleichbehandlung der beiden Sachverhalte, dass im einen Fall das Erwerbsgut auf einem dauerhaften Datenträger überlassen wird, während im anderen Fall ein Download via Internet oder eine Übertragung via Datenkabel erfolgt. Entscheidend ist, dass im zweiten Fall kein körperlicher Gegenstand erworben wird. Weder die wirtschaftliche Betrachtungsweise noch das Interesse der Parteien vermag daran etwas zu ändern.

Bezogen auf den Fall, dass ein literarisches oder musikalisches Werk statt als Buch oder als CD im Wege der Online-Übertragung überlassen wird, führt diese Betrachtung folglich ebenfalls zu dem Ergebnis, dass es sich dann um den Erwerb eines nicht körperlichen Gutes handelt. Hier besteht die gleiche Rechtslage wie bei der Software-Überlassung. Ein E-Book

oder eine Musikdatei sind unkörperliche Gegenstände, deren Erwerb bei dogmatisch sorgfältiger Beurteilung nicht mit dem Erwerb eines Buches oder einer CD gleichgesetzt werden kann. Gleiches gilt im Übrigen für ein „Video on demand“ im Gegensatz zum Erwerb einer Videokassette.

Abschließend ergibt sich somit, dass der Erwerb von Software, einer Musik- oder einer Textdatei im Wege der Online-Übertragung bei der rechtlichen Beurteilung nicht genauso behandelt werden kann, wie wenn der Gegenstand in einem Datenträger verkörpert erworben wird.

(2) Ergebnis

Nach Beseitigung aller Unklarheiten bei der Rechtsnatur von Software und bei der Begriffsbestimmung der „beweglichen Sache“ iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO ist folgendes Ergebnis festzuhalten: Nur die Überlassung von Software auf einem körperlichen Datenträger kann eine bewegliche Sache iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO darstellen und kommt damit als tauglicher Kaufgegenstand in Betracht. Der Erwerb von Software, Videos, Musikstücken oder Texten im Wege der Online-Übertragung bezieht sich hingegen nicht auf eine bewegliche Sache und kann insofern nicht Gegenstand eines Kaufvertrages gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO sein.

(3) Exkurs: Verträge zur Überlassung von Standardsoftware auf einem körperlichen Datenträger

Selbst bei einem Vertrag zur Überlassung von Software auf einem körperlichen Datenträger gilt es aber der Vollständigkeit halber zu klären, in welchen Konstellationen überhaupt ein Kaufvertrag iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO vorliegt. Wie bereits oben erwähnt, sind Kaufverträge iSd. Vorschrift Austauschverträge, bei denen der Verkäufer zur Lieferung und Übereignung der Sache und der Käufer zur Zahlung des vereinbarten Preises und zur Abnahme der Sache verpflichtet ist.¹⁶⁶ Das europarechtliche Verständnis des Kaufvertrages entspricht damit dem deutschen Recht und weist insofern keine Eigentümlichkeiten auf.

Bei der Softwareüberlassung auf einem körperlichen Datenträger können die Voraussetzungen des Kaufvertrages aber nicht immer bejaht werden. Es gilt zu bedenken, dass die Nutzung des Computerprogramms beschränkt sein kann. Die mögliche Ausgestaltung des Ver-

¹⁶⁶ Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 32.

tragsverhältnisses reicht von der vollständigen Überlassung des Programms auf einem körperlichen Datenträger mit uneingeschränktem Nutzungsrecht bis hin zu einer so weit eingeschränkten Überlassung des Programms, dass außerhalb einer konkret festgelegten Anwendung jede weitere Art der Benutzung oder auch die Vervielfältigung untersagt ist.¹⁶⁷ Ferner ist zu unterscheiden zwischen einer zeitlich unbegrenzten, d.h. endgültigen Überlassung der Software einerseits und einer Softwareüberlassung auf Zeit andererseits.¹⁶⁸

Eine einheitliche Einordnung des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses ist demnach nicht möglich. Für die Einordnung eines Vertrages zur Softwareüberlassung sind vielmehr alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.¹⁶⁹ Ein Kaufvertrag kommt dabei nur dann in Betracht, wenn die Parteien die typischen kaufvertraglichen Pflichten vereinbaren, d.h. eine Pflicht zur Übereignung der Software gegen Entrichtung des Kaufpreises. Die Pflicht zur Übereignung kann aber nur vorliegen, sofern eine Softwareüberlassung auf einem körperlichen Datenträger endgültig und zur freien Verfügung erfolgen soll.¹⁷⁰ Zwar wird selbst im Hinblick auf diese Konstellation die Meinung vertreten, dass schon deswegen kein Kauf vorliege, weil der Schwerpunkt des vertraglichen Austauschverhältnisses in der Übertragung eines Nutzungsrechts an dem geistigen Gut der Software bestehe, so dass es sich eher um einen Lizenzvertrag handle.¹⁷¹ Gegen diese Ansicht ist jedoch entsprechend den bereits oben gemachten Ausführungen einzuwenden, dass bei einer Überlassung von Software auf einem Datenträger durchaus auch die Übergabe des körperlichen Datenträgers mit dem darauf enthaltenen Computerprogramm zu den zentralen Inhalten des Vertragsverhältnisses gehören kann. Wäre dies nicht so, hätten die Parteien angesichts der heutzutage genauso üblichen Online-Übertragung schließlich diese Form der Softwareüberlassung wählen können. Sie haben sich aber gerade für die Überlassung auf einem körperlichen Datenträger entschieden. Zur Verdeutlichung bietet sich wiederum ein Vergleich mit dem Erwerb eines Buches oder einer Musik-CD an.¹⁷² Auch bei dem Erwerb eines Buches oder einer Musik-CD existieren verschiedene Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung des in dem Buch bzw. auf der CD enthaltenen geistigen Werkes, etwa bei der Vervielfältigung des Textes oder im Falle eines Abspielens des Musikstückes vor Publikum in der Öffentlichkeit. Dennoch ist anerkannt, dass solche Gegenstände, eben weil sie sich auf einem körperlichen Medium befinden, Gegenstand

¹⁶⁷ *Bormann/Bormann*, DB 1991, 2641 (2642); *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287 (296); *Klimek/Sieber*, ZUM 1998, 902 (904).

¹⁶⁸ *Bartsch*, CR 1992, 393 (397); *Junker*, WM 1988, 1249 (1250); *Kotthoff*, K&R 2002, 105 (105).

¹⁶⁹ *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287 (314); *Bormann/Bormann*, DB 1991, 2641 (2642).

¹⁷⁰ *Bartsch*, CR 1992, 393 (395).

¹⁷¹ Vgl. dazu aus der deutschen Rechtsprechung BGHZ 102, 135 (141); ferner *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287 (296f.).

¹⁷² Ebenso *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287 (308).

eines Kaufvertrages sind. Dann kann es aber nicht überzeugen, dass für Software, die auf einer Diskette oder CD-Rom gespeichert ist, etwas anderes gelten soll.

In allen anderen Vertragsgestaltungen ist anhand der konkreten Vertragsinhalte im Einzelfall zu entscheiden, ob etwaige Beschränkungen im Nutzungsrecht nur Nebenpflichten darstellen, die an der Einordnung als Kaufvertrag nichts ändern, oder ob es sich um Hauptpflichten handelt, die eine andere Einordnung des Vertrages, etwa eine Einordnung als Lizenzvertrag, nahe legen.¹⁷³

Eine Beurteilung des Vertrages als Kaufvertrag ist ferner davon abhängig, ob der Vertrag eine Standard-Software zum Gegenstand hat oder ob das Computerprogramm erst noch für die individuellen Bedürfnisse des Erwerbers entwickelt werden muss.¹⁷⁴ Ist Letzteres der Fall, so ist nicht die Übereignung einer Diskette oder CD-Rom, auf der das Programm enthalten ist, die geschuldete Hauptpflicht des Veräußerers, sondern es überwiegen in dem Vertragsverhältnis vielmehr die Pflichten zur Entwicklung und Programmierung der Software unter Berücksichtigung der konkreten Interessen des Kunden.¹⁷⁵ Diese Tätigkeiten sind der Übereignung der Software auf dem körperlichen Datenträger vorgeschaltet und stellen den wesentlichen Anteil der Leistung dar, die der Software-Hersteller in diesem Fall zu erbringen hat. Demnach kann es sich bei dieser Vertragsgestaltung nicht um einen Kauf handeln. Wie an späterer Stelle noch näher ausgeführt werden soll, ist die Überlassung von Individual-Software nach europäischem Rechtsverständnis vielmehr als Erbringung einer Dienstleistung einzuordnen.¹⁷⁶

Von allen möglichen Vertragsgestaltungen im Rahmen einer Softwareüberlassung ist demnach nur der entgeltliche Erwerb von Standard-Software durch endgültige Überlassung auf einem körperlichen Datenträger zur freien Verfügung als Kaufvertrag iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO anzusehen.

bb) Bestimmung des Erfüllungsortes

Eine Partei, die Rechte aus einem Kaufvertrag geltend macht, kann die andere Partei also gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO am Lieferort für die verkaufte Sache verklagen. Unter dem Lieferort ist dem Wortlaut der Vorschrift zufolge jener Ort zu verstehen, an dem nach dem Vertrag die Sache geliefert worden ist oder hätte geliefert werden müssen.

¹⁷³ Vgl. dazu *Bartsch*, CR 1992, 393 (396).

¹⁷⁴ BGHZ 102, 135 (141); *Bartsch*, CR 1992, 393 (397); *Junker*, WM 1988, 1249 (1252).

¹⁷⁵ Ebenso *Bormann/Bormann*, DB 1991, 2641 (2644).

¹⁷⁶ Vgl. unten Abschnitt B IV 1b aa (1) im 1. Teil dieser Arbeit.

Diese autonome Definition des Erfüllungsortes in einem Kaufvertrag gilt jedoch gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO nur, sofern nichts anderes vereinbart worden ist. Fraglich ist, welche Rückschlüsse sich aus diesen Formulierungen für die Bestimmung des Erfüllungsortes bei einem Kaufvertrag ziehen lassen. Zum einen ist zu klären, was mit der Formulierung „nach dem Vertrag“ gemeint ist. Sie lässt einerseits darauf schließen, dass die Parteien in ihrem Vertrag eine ausdrückliche Vereinbarung über den Erfüllungsort treffen können. Der Wortlaut des Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO deutet aber ferner darauf hin, dass selbst dann, wenn keine ausdrückliche Regelung durch die Parteien erfolgt ist, eine Bestimmung des Lieferortes anhand des Vertrages vorzunehmen ist. Zum anderen muss die Aussage des Eingangssatzes des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO Berücksichtigung finden, wonach die autonome Definition des Erfüllungsortes nur dann einschlägig ist, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

Zu klären ist also zunächst, ob und unter welchen Voraussetzungen die Parteien in ihren Vertrag eine wirksame Vereinbarung über den Erfüllungsort aufnehmen können. Sodann sind die Kriterien herauszuarbeiten, anhand derer der Lieferort zu bestimmen ist, wenn keine ausdrückliche Parteivereinbarung im Vertrag erfolgt ist.

(1) Vereinbarung über den Erfüllungsort

Als Hinweis darauf, dass eine Parteivereinbarung über den Erfüllungsort zulässig ist, lassen sich im Wortlaut des Art 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO gleich zwei Formulierungen anführen: zum einen die Wortwahl „nach dem Vertrag“ in Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO; zum anderen die Einschränkung im Eingangssatz des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO „sofern nichts anderes vereinbart worden ist“. Insofern gilt es, diese beiden Formulierungen auf die Frage hin zu untersuchen, ob und mit welchem Inhalt sie Parteivereinbarungen für zulässig erklären.

(a) Zulässigkeit

Dem Wortlaut des Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO „nach dem Vertrag“ ist zu entnehmen, dass der Lieferort anhand der Bestimmungen des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrages definiert werden muss. Zu den vertraglichen Bestimmungen zählt dabei auch eine vertragliche Vereinbarung der Parteien über den Lieferort. Demnach muss schon

aufgrund dieser Formulierung eine Erfüllungsvereinbarung zulässig sein.¹⁷⁷ Es fragt sich dann allerdings, welchen eigenständigen Inhalt die Eingangsformulierung „sofern nichts anderes vereinbart worden ist“ hat. Es gilt, diese beiden Formulierungen in eine sinnvolle Beziehung zueinander zu setzen. Genauere Betrachtung verdient dabei die jeweilige Stelle innerhalb der Vorschrift, an der sich die beiden Formulierungen befinden.

Die Formulierung „nach dem Vertrag“ findet sich innerhalb der autonomen Definition des Erfüllungsortes für Kaufverträge. Die Formulierung „sofern nichts anderes vereinbart worden ist“ ist dem hingegen im Eingangssatz des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO vorgeschaltet. Sie betrifft also die grundsätzliche Frage, ob überhaupt die autonome Definition des Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO zur Anwendung gelangen soll, wonach der Erfüllungsort für alle Streitigkeiten aus dem Vertrag einheitlich bestimmt wird. Dies deutet darauf hin, dass die Parteien in einer Vereinbarung schon darüber entscheiden können, ob diese einheitliche Definition, die sich am Lieferort für die Sache orientiert, bei einem Kaufvertrag überhaupt Anwendung finden soll. So können die Parteien etwa ausdrücklich den Erfüllungsort für die Pflicht zur Kaufpreiszahlung an einem Ort festlegen, der nicht der Lieferort für den Kaufgegenstand ist. Damit erklären sie implizit die autonome Definition des Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO für unanwendbar, da diese den Erfüllungsort für die Kaufpreiszahlung am Lieferort ansiedeln würde und damit im Widerspruch zu der Parteivereinbarung stünde. Demgegenüber kommt die Formulierung „nach dem Vertrag“ in einem zweiten, nachgeordneten Schritt erst dann zum Tragen, wenn die autonome Definition bereits tatsächlich zur Anwendung gelangt ist. Die Wortwahl „nach dem Vertrag“ ist in diesem Kontext so zu verstehen, dass innerhalb der autonomen, einheitlichen Bestimmung des Lieferortes eine vertragliche Vereinbarung der Parteien zu berücksichtigen ist, die den Lieferort für den Kaufgegenstand konkret benennt.

Demnach sind Vereinbarungen über den Erfüllungsort auf zwei verschiedenen Ebenen zulässig. Zunächst sind sie bei der grundlegenden Frage zulässig, ob die Bestimmung des Erfüllungsortes für Kaufverträge überhaupt gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO autonom und für alle kaufvertraglichen Pflichten einheitlich erfolgen soll: Sie soll dies nur, „sofern nichts anderes vereinbart worden ist“.¹⁷⁸ Steht der Anwendung des Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO nichts entgegen, sind Vereinbarungen über den Erfüllungsort auch dann zu berücksichtigen, wenn der Lieferort tatsächlich anhand der autonomen Definition des

¹⁷⁷ *Eltzschig*, IPRax 2002, 491 (493); *Kienle*, IPRax 2005, 113 (114); *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 41.

¹⁷⁸ In diesem Sinne ist wohl auch die Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 15 zu verstehen. Ebenso *Eltzschig*, IPRax 2002, 491 (493); *Jayme/Kohler*, IPRax 1999, 401 (405); *Leipold*, GS Lüderitz (2000), S. 431 (448). Gegen diese Möglichkeit jedoch *Markus*, SZW 1999, 205 (212).

Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO bestimmt wird: Die Lokalisierung selbst erfolgt nämlich „nach dem Vertrag“, so dass eine Einigung der Parteien über den Lieferort für die Ware an dieser Stelle beachtlich ist.¹⁷⁹

(b) Wirksamkeitsvoraussetzungen

Nachdem an der grundsätzlichen Zulässigkeit von Erfüllungsortvereinbarungen kein Zweifel besteht, ist im Folgenden zu erörtern, welcher Maßstab an die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung anzulegen ist. In Betracht kommt dabei zum einen die Anwendung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts, d.h. derjenigen Voraussetzungen, die das anwendbare nationale Recht an eine wirksame Einigung der Parteien stellt. Zum anderen ist denkbar, die Wirksamkeit einer Erfüllungsortvereinbarung anhand autonomer einheitsrechtlicher Maßstäbe zu bestimmen.

Mit der Frage nach der Wirksamkeit von Erfüllungsortvereinbarungen hat sich im Hinblick auf Art. 17 EuGVÜ auch der EuGH befasst: Er hat entschieden, dass sich die Wirksamkeit grundsätzlich nach dem auf den Vertrag anwendbaren innerstaatlichen Recht richtet.¹⁸⁰ Dieser Ansatz des EuGH ist jedoch nicht unumstritten. So weist eine Ansicht in der Literatur darauf hin, dass eine Vereinbarung über den Erfüllungsort angesichts der Regelung in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO zuständigkeitsbegründende Wirkung habe und damit letztlich nichts anderes als eine Vereinbarung über den Gerichtsstand darstelle.¹⁸¹ Insofern können sich Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Erfüllungsortvereinbarungen iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO und Gerichtsstandsvereinbarungen iSd. Art. 23 EuGVVO ergeben, die insbesondere wegen der Formvorschriften, die gem. Art. 23 EuGVVO für Gerichtsstandsvereinbarungen gelten, von Bedeutung sind.¹⁸² Um einen Konflikt zwischen Art. 5 und Art. 23 EuGVVO zu vermeiden, schlägt diese Literaturmeinung daher vor, auch eine Erfüllungsortvereinbarung den formellen Anforderungen des Art. 23 EuGVVO zu unterstellen.¹⁸³

Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass die Parteien eines Kaufvertrages durchaus echte Vereinbarungen über den Erfüllungsort treffen können, die wirklich materiellrechtliche Bedeutung erlangen sollen und nicht bloß im Hinblick auf ihre zuständigkeitsbegründende Wirkung abgeschlossen werden. Als vertragliche Vereinbarungen müssen sie dann consequen-

¹⁷⁹ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 41.

¹⁸⁰ EuGH, Urteil vom 17.1.1980, Rs. 56/79 – *Zelger / Salinitri*, Slg. 1980, 89 Rn. 5.

¹⁸¹ *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (328); ferner *Schack*, ZEuP 1998, 931 (939).

¹⁸² *Eltzschig*, IPRax 2002, 491 (494).

¹⁸³ *Hau*, IPRax 2000, 354 (360); *Leipold*, GS Lüderitz (2000), S. 431 (448); *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (328).

terweise auch den Wirksamkeitsvoraussetzungen jenes Rechts unterstehen, das auf den Kaufvertrag anwendbar ist.¹⁸⁴ Insofern ist der Kritik an der Rechtsprechung der EuGH nicht uneingeschränkt zuzustimmen. Der Literaturmeinung ist allerdings zuzugeben, dass die Beurteilung einer Erfüllungsortvereinbarung anhand des nationalen Vertragsrechts dann nicht überzeugen kann, wenn die Vereinbarung ausschließlich im prozessualen Interesse mit Blick auf ihre zuständigkeitsbegründende Wirkung gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVVO getroffen wurde. In diesem Fall kommt die Vereinbarung über den Erfüllungsort einer verschleierte Gerichtsstandsvereinbarung gleich und stellt somit nichts anderes als eine Umgehung des Art. 23 EuGVVO, insbesondere des dort geltenden Formerfordernisses, dar. Um den Parteien diese Umgehung unmöglich zu machen, sollten dann in der Tat die Voraussetzungen des Art. 23 EuGVVO für die Wirksamkeit der Vereinbarung gelten.¹⁸⁵ Mit derselben Überlegung hat auch der EuGH in der Entscheidung *Mainschiffahrt-Genossenschaft (MSG)* seine bisherige Rechtsprechung, wonach das anwendbare Recht über die Wirksamkeit entscheidet, für sogenannte „abstrakte“ Erfüllungsortvereinbarungen geändert.¹⁸⁶ Eine „abstrakte“ Erfüllungsortvereinbarung liegt danach vor, wenn ein Erfüllungsort festgelegt wurde, der gar keinen Zusammenhang mit der Vertragswirklichkeit aufweist und an dem die vertraglichen Verpflichtungen nach dem Vertrag gar nicht erfüllt werden können.¹⁸⁷ In diesem Fall sind wegen der Gefahr, dass mit der Vereinbarung lediglich die strengen Formvorschriften des vereinheitlichten Rechts für Gerichtsstandsvereinbarungen umgangen werden sollen, deren Voraussetzungen auf die abstrakte Erfüllungsortvereinbarung anzuwenden.¹⁸⁸

Diese Einschränkung erscheint sinnvoll, um der Missbrauchsgefahr bei Erfüllungsortvereinbarungen zu begegnen. An der Rechtsprechung des EuGH ist insofern keine Kritik zu üben. Die Wirksamkeit einer Erfüllungsortvereinbarung ist demnach grundsätzlich anhand des auf den Vertrag anwendbaren Rechts zu beurteilen. Auf die Anforderungen des Art. 23 EuGVVO ist jedoch dann zurückzugreifen, wenn es sich um eine abstrakte Erfüllungsortvereinbarung handelt, da diese einer verschleierte Gerichtsstandsvereinbarung gleichkommt.

¹⁸⁴ Im Ergebnis ebenso *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 28; *Kropholler/v.Hinden*, GS Lüderitz (2000), S. 401 (409); *Piltz*, NJW 2002, 789 (793).

¹⁸⁵ Ebenso *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 29; *Wernicke/Hoppe*, MMR 2002, 643 (644).

¹⁸⁶ EuGH, Urteil vom 20.2.1997, Rs. 106/95 – *MSG*, Slg. 1997, I-911.

¹⁸⁷ EuGH, Urteil vom 20.2.1997, Rs. 106/95 – *MSG*, Slg. 1997, I-911 Rn. 31.

¹⁸⁸ EuGH, Urteil vom 20.2.1997, Rs. 106/95 – *MSG*, Slg. 1997, I-911 Rn. 33.

(c) Ergebnis

Erfüllungsortvereinbarungen sind gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO zulässig und unterliegen im Hinblick auf ihre Wirksamkeit grundsätzlich dem auf den Vertrag anwendbaren Recht. Vielfach finden sich Erfüllungsortklauseln in den AGB der Vertragsparteien. Die Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle richtet sich dann ebenfalls nach der *Lex causae*. Etwas anderes gilt nur für abstrakte Erfüllungsortvereinbarungen, die den Formerfordernissen des Art. 23 EuGVVO unterstellt werden.

Für den Fall, dass das angerufene Gericht unter Heranziehung seines Kollisionsrechts zu einer Anknüpfung des deutschen Rechts an den Sachverhalt gelangt, soll in einem kurzen Exkurs betrachtet werden, welche Wirksamkeitsvoraussetzungen das deutsche Recht an Vereinbarungen des Erfüllungsortes stellt. Die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen richtet sich nach den Vorschriften über den Leistungsort und den Zahlungsort, d.h. nach §§ 269, 270 BGB¹⁸⁹: § 269 Abs. 1 BGB sieht eine Bestimmung des Leistungsortes durch die Parteien ausdrücklich vor.¹⁹⁰ Auch die Formulierung in § 270 Abs. 1 BGB „im Zweifel“ bedeutet, dass Parteivereinbarungen insoweit vorgehen.¹⁹¹ Formvorschriften sind dabei nicht ersichtlich.¹⁹² Auch eine wirksame Einbeziehung von Erfüllungsortvereinbarungen in AGB ist nach deutschem Recht möglich.¹⁹³

(2) Kriterien bei fehlender Vereinbarung über den Erfüllungsort

Erfolgt keine Erfüllungsortvereinbarung durch die Parteien, ist der Erfüllungsort anhand objektiver Kriterien zu bestimmen. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO zufolge ist insoweit der Ort entscheidend, an dem die beweglichen Sachen nach dem Vertrag geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen. Hierfür sind rein faktische Kriterien heranzuziehen.¹⁹⁴ Der Erfüllungsort soll also ohne Rückgriff auf das anwendbare materielle Recht autonom bestimmt werden.¹⁹⁵ Der Lieferort ist demnach im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln, wobei auf die maßgeblichen tatsächlichen Umstände des Einzelfalles abzustellen ist.¹⁹⁶

¹⁸⁹ Musielak-Weth, 4. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 7.

¹⁹⁰ Vgl. dazu Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 269 BGB Rn. 8.

¹⁹¹ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 270 BGB Rn. 4.

¹⁹² BGH RIW 1995, 410 (411f.); OLG Karlsruhe, RIW 1994, 1046 (1047); Musielak-Weth, 4. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 8.

¹⁹³ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 269 BGB Rn. 8.

¹⁹⁴ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 15.

¹⁹⁵ Gsell, IPRax 2002, 484 (487).

¹⁹⁶ Junker, RIW 2002, 569 (571f.); Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 41.

Die autonome Bestimmung des Erfüllungsortes bereitet indessen Schwierigkeiten. Unklar ist auch unter rein faktischen Gesichtspunkten, wo der Ort der Lieferung iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO nach dem Vertrag anzusiedeln ist. Gerade für Verträge, in denen ein Transport des Kaufgegenstandes vom Ort des Verkäufers an den Wohnsitz des Käufers erfolgt, bestehen verschiedene Auslegungsmöglichkeiten.¹⁹⁷ Nach einer Ansicht soll dann der Ort entscheidend sein, an dem der Verkäufer seine Lieferhandlung vornimmt, d.h. die Ware auf den Weg sendet.¹⁹⁸ Nach anderer Ansicht ist der Lieferort hingegen dort zu lokalisieren, wo der Käufer sie annimmt.¹⁹⁹ Nur die letztere Auffassung vermag zu überzeugen. Zwar ist einzuräumen, dass die Formulierung „Ort, an *dem* sie ... geliefert worden ist“ insoweit unklar ist und dass in der Tat nur die Formulierung „Ort, an *den* sie ... geliefert worden ist“ unzweifelhaft auf jenen Ort hingedeutet hätte, an dem der Käufer die Ware annimmt, d.h. auf den Zielort der Lieferung. Jedoch ist nach allgemeiner Verkehrsanschauung auch der Ort, „an dem“ eine Kaufsache geliefert wird, üblicherweise nicht der Ort, an dem die Ware auf den Weg geschickt wird, sondern der Ort, an dem der Käufer sie annimmt. Insofern ist anzunehmen, dass es sich bei der Formulierung des Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO bloß um eine grammatische Ungenauigkeit und nicht um eine zwingende Festlegung der Kriterien für die Bestimmung des Lieferortes handelt.

Anhand dieser Überlegungen soll im Folgenden eine Betrachtung darüber erfolgen, wo sich bei Zugrundelegung eines Kaufvertrages im Internet typischerweise der Erfüllungsort und damit der Vertragsgerichtsstand iSd. Art. 5 Nr. 21 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO befindet. Dabei ist aber zu betonen, dass letztlich immer eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist, so dass sich pauschale Aussagen über die Bestimmung des Lieferortes bei Kaufverträgen im Internet verbieten.

(3) Anwendung auf Kaufverträge im Internet

Bei einem grenzüberschreitenden Kaufvertrag über bewegliche Sachen, der im Internet geschlossen wird, besteht die typische Situation darin, dass zwischen den Parteien eine räumliche Distanz herrscht, die es bei der Vertragserfüllung zu überwinden gilt. Insofern wird in der Regel vereinbart, dass die Ware vom Anbieter an den Käufer versandt wird, sei es durch ein am Ort des Verkäufers ansässiges regionales Speditionsunternehmen oder einen Kurierdienst, sei es mit der nationalen Post. Den Transport organisiert dabei üblicherweise der Ver-

¹⁹⁷ Gsell, IPRax 2002, 484 (486); Kubis, ZEuP 2001, 737 (750); Piltz, NJW 2002, 789 (793).

¹⁹⁸ Piltz, NJW 2002, 789 (793).

¹⁹⁹ Hau, IPRax 2000, 354 (358); Kubis, ZEuP 2001, 737 (750).

käufer. Die Ware wird dem Käufer dann an dem Ort ausgeliefert, den er als Lieferadresse angegeben hat. Hierbei handelt es sich häufig um den Wohnsitz des Käufers. In einer solchen Konstellation ist der Lieferort iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO nach dem obigen Verständnis also der Wohnsitz des Käufers als Zielort des Warenversands.²⁰⁰ Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes befindet sich demzufolge am Wohnsitz des Käufers.

Das bedeutet, dass der Gerichtsstand des Erfüllungsortes bei einer Vertragserfüllung mit Warenversand vom allgemeinen Gerichtsstand nach Art. 2 Abs. 1 EuGVVO, dem Wohnsitz des Beklagten, nur dann abweicht, wenn der Käufer eine Klage gegen den Verkäufer einreicht: In diesem Fall befindet sich der Gerichtsstand nämlich an seinem eigenen Wohnsitz statt am Wohnsitz des Beklagten, wie es Art. 2 Abs. 1 EuGVVO vorsieht. Hingegen ergeben sich bei einer Klage des Verkäufers gegen den Käufer keine Abweichungen vom allgemeinen Gerichtsstand, da auch die allgemeine Gerichtszuständigkeit nach Art. 2 Abs. 1 EuGVVO am Wohnsitz des Käufers besteht.

Für einen Warenanbieter im Internet ergibt sich also regelmäßig der Nachteil, dass sich sowohl der allgemeine Gerichtsstand iSd. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO als auch der Gerichtsstand des Erfüllungsortes am Wohnsitz des Käufers befindet. Angesichts der Tatsache, dass jener sich in einem anderen Mitgliedstaat befindet, bedeutet dies, dass eine Klage mit großem Aufwand und besonderen Kosten verbunden ist. Vor diesem Hintergrund ist wiederum an die Möglichkeit zu denken, Erfüllungsortvereinbarungen zu treffen. Für den Verkäufer, der seine Waren im Internet anbietet, wäre es insoweit von Vorteil zu vereinbaren, dass der Lieferort iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO sein eigener Wohnsitz sein soll. Dies hätte nämlich den Effekt, dass der Gerichtsstand des Erfüllungsortes an seinem eigenen Wohnsitz eröffnet wäre. Auf diese Weise würde er sich die zusätzlichen Kosten und Mühen ersparen, die mit einer Klage am Wohnsitz des Käufers in einem anderen Mitgliedstaat verbunden wären. Zwar ist zu beachten, dass eine solche Vereinbarung über den Erfüllungsort einen sinnvollen Zusammenhang mit der Vertragswirklichkeit aufweisen muss, damit nicht die Grundsätze über abstrakte Erfüllungsortvereinbarungen eingreifen. Da der Verkäufer den Kaufgegenstand aber in der Tat an seinem Wohnsitz an den Transporteur übergeben muss, ist ein solcher Zusammenhang gegeben. Diese Einschätzung wird auch dadurch untermauert, dass in der Literatur sogar bei Fehlen einer Erfüllungsortvereinbarung vertreten wird, dass sich der Ort der Lieferung am Ort des Verkäufers befindet.²⁰¹ Eine entsprechende Vereinbarung kann insofern nicht gänzlich

²⁰⁰ Ebenso *Hau*, IPRax 2000, 354 (358).

²⁰¹ *Piltz*, NJW 2002, 789 (793).

außerhalb der Vertragswirklichkeit liegen. Die Wirksamkeit der Vereinbarung hängt demnach nur vom anwendbaren Recht ab.²⁰²

(4) Ergebnis

Die Bestimmung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes birgt bei einem typischen grenzüberschreitenden Kaufvertrag im Internet über eine bewegliche Sache keine besonderen Probleme. Die Rechtsanwendung weist keine Besonderheiten auf, die auf den Umstand zurückzuführen sind, dass der Vertrag durch eine Kommunikation der Parteien via Internet zustande gekommen ist.

b) Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b

2. Spiegelstrich EuGVVO

Neben der Vorschrift für Kaufverträge in Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO existiert in Art. 5 Nr. 1 lit. b 2. Spiegelstrich EuGVVO auch für Dienstleistungen eine autonome Bestimmung des Erfüllungsortes. Der verwendete Begriff „Erbringung von Dienstleistungen“ ist dabei gemeinschaftsrechtlich autonom zu interpretieren: Gemeint sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, und zwar insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten.²⁰³ Die Vorschrift umfasst nicht nur solche Dienstleistungen, wie sie das deutsche Recht in den zivilrechtlichen Normen der §§ 611 ff. BGB zum Gegenstand hat, sondern darüber hinaus auch Werkverträge und gemischte Verträge, sofern bei letzteren die Dienstleistung im Vordergrund steht, wie etwa bei bestimmten Werklieferungsverträgen.²⁰⁴

Zu klären ist, welche Art von Vertragsverhältnissen, die typischerweise im Internet zur Entstehung gelangen, unter die Erbringung von Dienstleistungen iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO fallen. In diesem Zusammenhang sollen daher die Abgrenzungsprobleme bei Softwareüberlassungsverträgen wieder aufgegriffen werden, da bei diesen Vertragsverhältnissen die Einordnung als Kauf- oder Dienstverträge besonders schwer fällt.

²⁰² Vgl. zur Bestimmung des anwendbaren Rechts für elektronisch abgeschlossene Verträge den gesamten 2. Teil dieser Arbeit.

²⁰³ Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 35.

²⁰⁴ Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 37.

aa) Einordnung von Verträgen zur Softwareüberlassung

Nachdem oben bereits festgestellt wurde, dass weder die Überlassung von individueller Software auf einem körperlichen Datenträger noch die Überlassung von sowohl Standard-Software als auch individueller Software im Wege der Online-Übertragung ein Sachkauf ist, stellt sich nun die Frage, ob es sich stattdessen in beiden Fällen um die Erbringung einer Dienstleistung iSd. Art. 5 Abs. 1 lit. b 2. Spiegelstrich EuGVVO handelt.

(1) Überlassung von Individualsoftware auf einem körperlichen Datenträger

Für die Überlassung solcher Software auf einem körperlichen Datenträger, die individuell für die Bedürfnisse des Erwerbers entwickelt wurde, wurde bereits entschieden, dass es sich insoweit nicht um einen Kaufvertrag handelt, da das Element der individuellen Herstellung des Programms für den Kunden gegenüber den Elementen des Kaufs überwiegt.²⁰⁵ Die von dem Software-Anbieter geschuldete Leistung ist in erster Linie darin zu sehen, dass er eine Software entwickelt und erstellt, die individuell auf die Bedürfnisse des Erwerbers zugeschnitten ist. Zwar muss er anschließend die Software auf einem körperlichen Datenträger an den Erwerber übergeben, dies macht jedoch nicht den Hauptinhalt des Vertrages aus. Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Leistung ist vielmehr die Entwicklung der Software. Damit übt der Hersteller eine entgeltliche Tätigkeit aus. Die Entwicklung, Erstellung und Überlassung individueller Software auf einem körperlichen Datenträger stellt demnach die Erbringung einer Dienstleistung iSd. obigen Definition dar. Nach deutschem Rechtsverständnis ist zwar bei einem solchen Sachverhalt von einem Werkvertrag und nicht etwa von einem Dienstvertrag auszugehen.²⁰⁶ Im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Definition für die „Erbringung von Dienstleistungen“ sind jedoch auch Werkverträge iSd. §§ 631 ff. BGB unter diesen Begriff zu subsumieren.²⁰⁷ Die Einordnung eines solchen Vertrages als Werkvertrag iSd. deutschen Rechts ändert somit nichts an dem gefundenen Ergebnis.

(2) Softwareüberlassung im Wege der Online-Übertragung

Bei der Frage, ob die Überlassung von Software im Wege der Online-Übertragung eine Dienstleistung darstellt, ist zu beachten, dass diese Frage sich nicht auf Individual-Software

²⁰⁵ Vgl. Abschnitt B IV 1a aa (3) im 1. Teil dieser Arbeit.

²⁰⁶ BGHZ 102, 135 (141); NJW 1996, 1745 (1746); NJW 1995, 187 (188); NJW 2436 (2437); Bartsch, CR 1992, 393 (397); Junker, WM 1988, 1249 (1252); Köhler, CR 1987, 827 (931); Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 96.

²⁰⁷ Vgl. Abschnitt B IV 1b im 1. Teil dieser Arbeit.

beschränkt, sondern auch für Standard-Software aufgeworfen wird. Die Erörterung ist daher auf beide Konstellationen zu erstrecken.

Hinsichtlich der Überlassung von Individualsoftware ändert sich an der rechtlichen Beurteilung nichts gegenüber der Konstellation, dass der Erwerber die Software auf einem körperlichen Datenträger in Empfang nimmt. Wiederum besteht die Hauptpflicht des Software-Anbieters darin, eine an die Bedürfnisse des Erwerbers angepasste Software zu entwickeln und zu erstellen. Der einzige Unterschied ist die Art und Weise, auf die der Leistungsgegenstand, also das fertige Computerprogramm, dem Erwerber anschließend übermittelt wird. Dieser Unterschied ändert aber nichts an der rechtlichen Einordnung des Vertrages als Dienstleistungsvertrag. Für die hauptvertraglichen Pflichten macht es keinen Unterschied, ob die erstellte Software dem Erwerber überlassen wird, indem Disketten übergeben werden oder indem eine Datenübertragung per Datenkabel von einem Computer zum anderen oder via Internet von einem Server erfolgt. Die Hauptpflicht des Vertrages, die Entwicklung und Erstellung der Software, bleibt nämlich immer dieselbe. Auch hier ist folglich eine Dienstleistung zu bejahen.

Im Fall der Überlassung von Standard-Software ist die Entscheidung, ob die Online-Übertragung eine Dienstleistung im Sinne der obigen Definition darstellt, schwieriger. Da die Standard-Software nicht individuell für den Erwerber erstellt wird, kann die Dienstleistung nicht in einem entsprechenden Tätigwerden gesehen werden. Wie bereits dargelegt, kommt allerdings auch ein Kaufvertrag nicht in Betracht, weil Software, die sich nicht auf einem körperlichen Datenträger befindet, als immaterielles Gut kein tauglicher Kaufgegenstand ist.²⁰⁸ Die Hauptleistungspflicht des Veräußerers von Standard-Software durch Download besteht demnach auch nicht in der Übergabe von Ware gegen Entgelt. Sein Tätigwerden besteht vielmehr darin, die Software auf einem Server zum Download zur Verfügung zu stellen, d.h. auf seiner Webseite die technischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass ein Erwerber die Software durch einen Befehl per Mausklick von dem betreffenden Server herunterladen und anschließend auf seinem eigenen Rechner installieren kann. Dies erfolgt üblicherweise auch gegen Entgelt, indem der Erwerber zuerst seine Kreditkarten-Angaben übermitteln oder aber eine Einziehungsermächtigung erteilen muss, bevor ihm das Herunterladen ermöglicht wird. Demnach stellt das Zur-Verfügung-Stellen der Download-Möglichkeit für Software regelmäßig einen entgeltlichen Dienst im Internet dar.²⁰⁹ Diese Einordnung dürfte auch dem Rechtsverständnis entsprechen, das der EuGH für die Übermittlung von Daten ohne die Nutzung ei-

²⁰⁸ Vgl. Abschnitt B IV 1a aa (2) im 1. Teil dieser Arbeit.

²⁰⁹ Ähnlich Grabitz/Hilf-Voß, Art. 23 EGV Rn. 12.

nes materiellen Datenträgers entwickelt hat: Auch seiner Rechtsprechung zufolge handelt es sich in solchen Fällen um eine Dienstleistung.²¹⁰

(3) Ergebnis

Sowohl die Überlassung von Individualsoftware auf einem körperlichen Datenträger als auch die Überlassung von Standard- oder Individualsoftware im Wege der Online-Übertragung stellt eine Dienstleistung iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 2. Spiegelstrich EuGVVO dar.

bb) Bestimmung des Dienstleistungsortes

Gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b 2. Spiegelstrich EuGVVO ist für den Gerichtsstand des Erfüllungsortes bei einer Dienstleistung derjenige Ort von Relevanz, an dem die Leistung nach dem Vertrag erbracht worden ist oder hätte erbracht werden müssen. Hier gelten die gleichen Grundsätze zur autonomen Bestimmung des Erfüllungsortes, die bereits im Zusammenhang mit der Bestimmung des Lieferortes bei einem Kaufvertrag entwickelt wurden. Entscheidend ist somit, was dem Vertrag selbst über den Leistungsort zu entnehmen ist. Ist der Leistungsort im Vertrag ausdrücklich benannt worden, bestehen bei seiner Bestimmung zwar keine Schwierigkeiten. Ist hingegen keine vertragliche Vereinbarung getroffen worden, so ist der Leistungsort im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln.²¹¹ Fraglich ist dann, worauf in den Fällen der Softwareüberlassung das Augenmerk zu richten ist. Wiederum erscheint es sinnvoll, zwischen Standard-Software einerseits und Individualsoftware andererseits als Leistungsgegenstand zu differenzieren.

Die vertragliche Hauptpflicht des Herstellers von Individualsoftware besteht in der Entwicklung und Erstellung eines individuell auf die Bedürfnisse des Kunden zugeschnittenen Computerprogramms. Insofern ist als Leistungsort derjenige Ort anzusehen, an dem diese Tätigkeit erfolgt. Das ist regelmäßig der Sitz des Software-Anbieters.

Bei der Überlassung von Standardsoftware besteht die vertragliche Leistungspflicht des Veräußerers hingegen darin, eine Webseite bereitzuhalten, die dem Erwerber technisch die Möglichkeit bietet, per Mausklick ein Computerprogramm von einem Server auf den eigenen Rechner herunterzuladen. Man könnte daher davon ausgehen, dass der Leistungsort der Standort des Servers ist, von dem die Daten heruntergeladen werden. Jedoch wurde bereits

²¹⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 30.4.1974, Rs. 155/73– *Sacchi*, Slg. 1974, 409 Rn. 6 (das allerdings die Ausstrahlung einer Fernsehsendung zum Gegenstand hatte); ebenso *Schwarze-Meesenburg*, Art. 23 EGV Rn. 20.

²¹¹ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 41.

ausgeführt, dass die Wahl des Server-Standorts aus einer Vielzahl von Gründen, die mit der Erbringung der Dienstleistung nicht unmittelbar zu tun haben – etwa steuerliche Erwägungen²¹² –, auf jeden erdenklichen Staat fallen kann. Auf solche Erwägungen kann es bei der Ermittlung des Dienstleistungsortes aber nicht ankommen; entscheidend ist vielmehr der Ort, an dem der Dienstleistende seine vertragliche Leistungspflicht vornimmt. Eine Orientierung am Server-Standort erscheint mithin sachfremd.

Als Leistungsort kommt ferner derjenige Ort in Betracht, an dem sich der Rechner des Erwerbers befindet, auf den die Software heruntergeladen wird. An diesem Ort tritt zumindest der Leistungserfolg ein: Das erworbene Computerprogramm wird funktionstüchtig. Jedoch darf nicht übersehen werden, dass es der Erwerber selbst ist, der mehrere Schritte ausführen muss, um das Programm in funktionstüchtiger Weise zu installieren. Er muss selbst die notwendigen Befehle eingeben, um das Programm zuerst vom Server auf seinen Rechner herunterzuladen, es dort auf der Festplatte zu speichern und anschließend die Installation vorzunehmen. Mithin ist dieser Ort eher der Ort, an dem die notwendige Mitwirkung von Seiten des Erwerbers erfolgt, nicht hingegen der Ort, an dem der Veräußerer seine Dienstleistung erbringt.

Schließlich kommt als Leistungsort derjenige Ort in Frage, an dem der Veräußerer die Organisationsgewalt über seine Dienstleistung ausübt, also über das Zur-Verfügung-Stellen der Möglichkeit eines Software-Downloads auf der Webseite. Gemeint ist damit der Ort, an dem der Veräußerer die Programmierung und Erstellung der Webseite durchgeführt oder veranlasst hat, an dem er die ständige Kontrolle und Aktualisierung ihrer Inhalte vornimmt und an dem er vor allem sicherstellt, dass das Herunterladen permanent einwandfrei funktioniert. All dies sind wesentliche Elemente der Dienstleistung, die der Veräußerer im Internet anbietet. Diese Tätigkeiten sind es, auf deren Ausführung der Software-Erwerber, der sich den Dienst zunutze macht, nach dem Vertrag einen Anspruch hat. Insofern erscheint es angebracht, jenen Ort, an dem der Anbieter für die Organisation und das korrekte Funktionieren des von ihm angebotenen Dienstes Sorge trägt, als den Ort anzusehen, an dem die Leistung nach dem Vertrag zu erbringen ist. In der Praxis werden die genannten Maßnahmen regelmäßig dort vorstatten gehen, wo der Anbieter der Dienstleistung seinen Sitz hat. Demnach handelt es sich also auch in den Fällen eines Downloads von Standard-Software bei dem Leistungsort in der Regel um denjenigen Ort, an dem sich der Sitz des Software-Anbieters befindet.

²¹² Vgl. zu steuerrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Internet: *Knies*, Ertragsbesteuerung der Internet-Provider (2003).

cc) Ergebnis

Die autonome Bestimmung des Dienstleistungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b 2. Spiegelstrich EuGVVO führt bei Softwareüberlassungsverträgen zu dem Ergebnis, dass der Gerichtsstand am Sitz des Softwareanbieters zu lokalisieren ist. Für eine Klage des Erwerbers gegen den Veräußerer ergibt sich somit keine Abweichung gegenüber dem allgemeinen Gerichtsstand gem. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO. Hingegen ist für eine Klage des Software-Veräußerers gegen den Erwerber ein zusätzlicher Gerichtsstand an seinem eigenen Sitz eröffnet.

2. Auffangtatbestand des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO

Sofern die Voraussetzungen des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO nicht erfüllt sind, greift als Auffangtatbestand gem. Art. 5 Nr. 1 lit. c EuGVVO die Vorschrift des Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO ein. Diese ist mit ihrem Wortlaut unverändert aus dem EuGVÜ übernommen worden, so dass davon auszugehen ist, dass die bisherige Rechtslage, insbesondere die bisherige Rechtsprechung des EuGH, namentlich die *Tessili*-Entscheidung²¹³ und das *De Bloos*-Urteil²¹⁴, ihre Geltung behält.²¹⁵ Zwingend ist dieser Schluss allerdings nicht.²¹⁶ So hat der EuGH bereits in der Entscheidung *GIE Groupe Concorde*, in der das EuGVÜ noch Anwendung fand, angekündigt, dass er eine Änderung der Auslegung des Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ den Vertragsstaaten des EuGVÜ überlassen will.²¹⁷ Vor diesem Hintergrund ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH weder an seine eigene Rechtsprechung noch an die Vorstellungen der Kommission gebunden ist. Dennoch bleibt letzten Endes abzuwarten, ob der EuGH tatsächlich eine Abkehr von der *Tessili*-Rechtsprechung vornehmen wird.

a) *Tessili*- und *De Bloos*-Rechtsprechung des EuGH

Da Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO unverändert aus dem EuGVÜ übernommen wurde und bislang auch keine Abkehr von den zu Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ entwickelten Auslegungsgrundsätzen erfolgt ist, bleibt die bisherige Rechtslage auch nach Inkrafttreten der EuGVVO für den Auffangtatbestand des Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO vorerst bestehen. Das bedeutet vor allem, dass

²¹³ EuGH, Urteil vom 6.10.1976, Rs. 12/76 – *Tessili*, Slg. 1976, 1473.

²¹⁴ EuGH, Urteil vom 6.10.1976, Rs. 14/76 – *De Bloos*, Slg. 1976, 1497.

²¹⁵ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 15, dort Fn. 9. Kritisch dazu *Jayme/Kohler*, IPRax 1999, 401 (405); *Kropholler/v.Hinden*, GS Lüderitz (2000), S. 401 (408f.); *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (329).

²¹⁶ *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (329).

²¹⁷ EuGH, Urteil vom 28.9.1999, Rs. 440/97 – *GIE Groupe Concorde*, Slg. 1999, I-6307 Rn. 21 ff..

die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Bestimmung des Erfüllungsortes weiterhin Geltung beansprucht.

Nach der *Tessili*-Rechtsprechung des EuGH²¹⁸, der inzwischen auch die deutsche Rechtsprechung gefolgt ist²¹⁹, bestimmt sich der Erfüllungsort nach dem auf den Vertrag anzuwendenden materiellen Recht, welches wiederum gemäß den nationalen Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befassten Gerichts an den Sachverhalt anzuknüpfen ist.²²⁰ Dabei kommt es dem *De Bloos*-Urteil des EuGH zufolge immer auf den Erfüllungsort derjenigen Verpflichtung an, die den Gegenstand der Klage bildet, d.h. auf den Erfüllungsort der dem Streit zugrunde liegenden angeblich verletzten vertraglichen Hauptpflicht.²²¹

Sind mehrere Ansprüche aus verschiedenen Hauptleistungspflichten streitig, so bedeutet dies, dass der Erfüllungsort für jeden Anspruch gesondert zu bestimmen ist und gegebenenfalls mehrere Klagen an verschiedenen Orten erhoben werden müssen.²²² Dies wird kritisiert von der Lehre vom einheitlichen Gerichtsstand, die eine einheitliche Anknüpfung an den Ort der vertragscharakteristischen Leistung als einzig sachgemäß erachtet.²²³ Diesen Ansatz hat der EuGH jedoch nicht aufgegriffen.²²⁴ Dieser Gedanke hat erst in den neugeschaffenen Regelungen des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO für Kauf- und Dienstleistungsverträge seinen Niederschlag gefunden.

b) Anwendungsbereich

Fraglich ist jedoch, ob Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO im Zusammenhang mit den in Rede stehenden Verträgen im Internet überhaupt zur Anwendung gelangt. Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO gilt gem. Art. 5 Nr. 1 lit. c EuGVVO immer dann, wenn Buchstabe b) nicht anwendbar ist. Damit hat die Vorschrift zwei Anwendungsbereiche. Zum einen ist sie unzweifelhaft dann einschlägig, wenn kein Kauf- oder Dienstleistungsvertrag iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO vorliegt. Zum anderen soll sie nach dem Willen der Kommission auch dann Anwendung fin-

²¹⁸ EuGH, Urteil vom 6.10.1976, Rs. 12/76 – *Tessili*, Slg. 1976, 1473 Rn. 13. Bestätigt durch EuGH, Urteil vom 29.6.1994, Rs. 288/92 – *Custom Made Commercial*, Slg. 1994, I-2913 Rn. 26; Urteil vom 28.9.1999, Rs. 440/97 – *GIE Groupe Concorde*, Slg. 1999, I-6307 Rn. 13.

²¹⁹ BGH, Beschluss vom 30.4.2003 – III ZR 237/02, unter II 3 b; IPRax 1997, 416 (417); MDR 1999, 670 (671).

²²⁰ Befürwortend Bülow/Böckstiegel/Geimer/Schütze-Auer, Art. 5 Rn. 50; Geimer/Schütze, Art. 5 EuGVVO Rn. 76; Zöller-Geimer, Art. 5 EuGVVO Rn. 1a.

²²¹ EuGH, Urteil vom 6.10.1976, Rs. 14/76 – *De Bloos*, Slg. 1976, 1497 Rn. 13f.. Ebenso Rüßmann, K&R 1998, 129 (131); Schack, ZEuP 1998, 931 (938).

²²² EuGH, Urteil vom 5.10.1999, Rs. C-420/97 – *Leathertex*, Slg. 1999, I-6747 Rn. 31; BGH NJW 1997, 870 (871); Musielak-Weth, 4. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 2.

²²³ Piltz, NJW 1981, 1876 (1877); Linke, RIW 1977, 43 (46); Rauscher, Verpflichtung und Erfüllungsort, S. 224; Spellenberg, ZZP 91 (1978), 38 (51ff.). Weitere Nachweise bei Schack, Der Erfüllungsort, S. 319.

²²⁴ St. Rspr.; vgl. EuGH, Urteil vom 6.10.1976, Rs. 12/76 – *Tessili*, Slg. 1976, 1473 Rn. 13; Urteil vom 15.1.1987, Rs. 266/85 – *Shenavai*, Slg. 1987, 239 Rn. 9.

den, wenn zwar ein Kauf- oder Dienstleistungsvertrag iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO vorliegt, der Liefer- oder Dienstleistungsort iSd. Vorschrift sich aber in einem Staat befindet, der kein Mitgliedstaat ist.²²⁵ Denn Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO setzt voraus, dass sich der Liefer- bzw. Dienstleistungsort „in einem Mitgliedstaat“ befindet. Ist dies nicht der Fall und Buchstabe b) folglich nicht anwendbar, soll die Verweisung des Art. 5 Nr. 1 lit. c EuGVVO eingreifen.

Diese Argumentation ist kritisch zu hinterfragen. Die Vorgehensweise ist mit dem Zweck des neu geschaffenen Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO nicht zu vereinbaren.

Die autonome Definition des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO hat den Zweck, zumindest bei Kauf- und Dienstleistungsverträgen Nachteile zu vermeiden, die durch einen Rückgriff auf die IPR-Vorschriften des Staates des angerufenen Gerichts entstehen.²²⁶ Diese „pragmatische Bestimmung des Erfüllungsortes“²²⁷ anhand der faktischen Kriterien des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO hat den Vorteil, dass für alle Klagen aus dem streitigen Rechtsverhältnis ein einheitlicher Gerichtsstand besteht, dessen Bestimmung von dem anwendbaren Recht weitestgehend²²⁸ losgelöst ist. Dieser Zweck wird aber unzweifelhaft verfehlt, sofern die *Tessili*- und die *De Bloos*-Rechtsprechung des EuGH über Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO letztlich doch auch in all jenen Fällen zur Anwendung berufen wird, die vom Vertragstyp her unstrittig unter Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO fallen, in denen sich jedoch der Liefer- oder Dienstleistungsort in einem Drittstaat befindet.

Ein Kauf- oder Dienstleistungsvertrag würde bei dieser Vorgehensweise gleichzeitig zwei gänzlich verschiedenen Vorschriften zur Bestimmung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes unterfallen: zuerst der autonomen Bestimmung des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO, die weitgehend auf rein faktischen Kriterien beruht; anschließend aber möglicherweise – je nach dem Ergebnis der Anwendung jener autonomen Definition – außerdem noch der Bestimmung gem. Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO unter Rückgriff auf die *Lex causae*. Dies kann zu dem Ergebnis führen, dass der Erfüllungsort gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO in einem Drittstaat zu lokalisieren ist, während er gem. Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO anhand der Vorschriften des anwendbaren nationalen Rechts in einem anderen Mitgliedstaat anzusiedeln ist.²²⁹ Eine solche Aufspaltung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes für ein und denselben Vertrag anhand der

²²⁵ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 15. Kritisch dazu *Hau*, IPRax 2000, 354 (359); *Leipold*, GS Lüderitz (2000), S. 431 (450f.).

²²⁶ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 15.

²²⁷ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 15.

²²⁸ Vgl. zu dieser Einschränkung Abschnitt B IV 1a bb (1) (b) im 1. Teil dieser Arbeit.

²²⁹ Ebenso *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 45; *Kropholler/v.Hinden*, GS Lüderitz (2000), S. 401 (411).

Regelungen ein und derselben Verordnung ist aber keinesfalls „pragmatisch“. Schon aus diesem Grund ist die Anwendung des Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO im Falle eines Drittstaaten-Erfüllungsgerichtsstandes mit dem Zweck des neu geschaffenen Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO nicht zu vereinbaren.

Außerdem dient sie keineswegs der Vermeidung von Nachteilen, sondern schafft eher noch zusätzliche. Zumindest der Beklagte wird bei einem solchen Vorgehen benachteiligt, da dem Kläger gleichsam eine zweite Chance auf einen Vertragsgerichtsstand in einem Mitgliedstaat gegeben wird²³⁰: Neben der Bestimmung des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO wird zusätzlich der Auffangtatbestand herangezogen. Die Anwendung des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO führt also nicht etwa zu endgültigen Ergebnissen, sondern wird um einen Rückgriff auf Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO ergänzt. Auf diese Weise wird auf Umwegen ein zusätzlicher Gerichtsstand des Erfüllungsortes in einem Mitgliedstaat geschaffen. Dies kann aber aus dem Blickwinkel des Beklagten keinesfalls mit dem Zweck des neu geschaffenen Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO im Einklang stehen, Nachteile bei der Bestimmung des Gerichtsstandes gerade für Kauf- und Dienstleistungsverträge zu vermeiden. Seine Gerichtspflichtigkeit wird vielmehr entgegen dem Ergebnis des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO und unter Beibehaltung der zweifelhaften *Tessili*-Rechtsprechung des EuGH um einen Gerichtsstand in einem weiteren Mitgliedstaat erweitert, obwohl es sich bei dem streitigen Rechtsverhältnis um einen Kauf- oder Dienstleistungsvertrag handelt.

Auch unter rechtspolitischen Gesichtspunkten ist nicht ersichtlich, wieso ein zusätzlicher Vertragsgerichtsstand in einem weiteren Mitgliedstaat bestehen muss. Denn dem Kläger steht in jedem Fall eine Klage am Wohnsitz des Beklagten offen, der in Anbetracht der Anwendungsvoraussetzungen der Verordnung gem. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO ohnehin in einem Mitgliedstaat der EU liegen muss. Die möglichen Vorteile einer Gerichtszuständigkeit innerhalb der EU werden dem Kläger also zweifelsohne auch dann zuteil, wenn ihm nicht noch zusätzlich der Gerichtsstand des Erfüllungsortes iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO eröffnet wird.²³¹

c) Ergebnis

Nach alledem ist als Ergebnis festzuhalten, dass Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO nur für solche Verträge zur Anwendung gelangt, die keine Kauf- oder Dienstleistungsverträge iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO darstellen. Handelt es sich hingegen um diese beiden Vertragstypen und ist

²³⁰ Ähnlich *Hau*, IPRax 2000, 354 (360); *Schack*, IZVR, Rn. 273.

²³¹ Ebenso *Leipold*, GS Lüderitz (2000), S. 431 (451).

folglich der Anwendungsbereich des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO eröffnet, verbietet sich ein Rückgriff auf Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO. Dies muss entgegen den Vorstellungen der Kommission auch dann gelten, wenn die autonome Definition zur Lokalisierung des Erfüllungsortes in einem Drittstaat führt.

Da zentraler Gegenstand der vorliegenden Arbeit solche Probleme der Rechtsanwendung sind, die sich bei dem Abschluss von Kaufverträgen im Internet stellen, ist auf die Vorschrift des Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO im Folgenden also nicht mehr einzugehen.

V. Besonderer Gerichtsstand der Niederlassung gem. Art. 5 Nr. 5 EuGVVO

Für Kaufverträge im Internet ist jedoch die Vorschrift über den besonderen Gerichtsstand der Niederlassung gem. Art. 5 Nr. 5 EuGVVO von Belang: Sofern sich Streitigkeiten aus dem Betrieb einer Zweigniederlassung, einer Agentur oder einer sonstigen Niederlassung ergeben haben, kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, auch in einem anderen Mitgliedstaat verklagt werden. Dies gilt aber nur für Klagen gegen den Inhaber der Niederlassung, nicht für dessen Aktivprozesse.²³² Die Niederlassung selbst muss spätestens zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung bestehen.²³³

Die Voraussetzung des grenzüberschreitenden Bezuges des Rechtsstreits wird dabei durch Art. 5 Nr. 5 EuGVVO selbst dergestalt konkretisiert, dass sich die Niederlassung dieses beklagten Inhabers in einem anderen Mitgliedstaat befinden muss als sein Wohnsitz, der aber ebenfalls in einem Mitgliedstaat besteht.²³⁴

1. Bestehen einer Niederlassung

Zunächst muss das Bestehen einer Niederlassung festgestellt werden. Für die Definition der Niederlassung ist auf eine autonome Auslegung zurückzugreifen, die der EuGH schon bei Anwendung des Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ vorgenommen hat.²³⁵ Danach ist eine Niederlassung dadurch gekennzeichnet, dass sie der Aufsicht und Leitung des Stammhauses unterliegt und als

²³² Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, Art. 5 EuGVVO Rn. 26; Musielak-Weth, 4. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 25; Schack, IZVR, Rn. 318; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 24; Wieczorek/Schütze-Hausmann, Anh. I § 40 Art. 5 Rn. 74; Zöller-Geimer, Art. 5 EuGVVO Rn. 41.

²³³ OLG Saarbrücken, RIW 1980, 796 (799); MK-ZPO-Gottwald, Bd. 3, Art. 5 EuGVÜ Rn. 57; Musielak-Weth, 4. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 24.

²³⁴ Vgl. Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 89.

²³⁵ EuGH, Urteil vom 22.11.1978, Rs. 33/78 – *Somafer*, Slg. 1978, 2183 Rn. 8; Urteil vom 18.3.1981, Rs. 139/80 – *Blanckaert&Willems / Trost*, Slg. 1981, 819 Rn. 11.

Außenstelle dieses Stammhauses auftritt.²³⁶ Dies muss über eine gewisse Dauer erfolgen.²³⁷ Ferner muss die Niederlassung über eine hinreichende materielle und personelle Ausstattung verfügen, um Geschäfte mit Dritten zu betreiben.²³⁸ Die Zweigniederlassung und die Agentur sind im Verhältnis dazu bloß Unterbegriffe.²³⁹

Letztlich sind die Merkmale der Niederlassung iSd. Art. 5 Nr. 5 EuGVVO aber keine anderen als jene, die bereits im Rahmen des Art. 60 Abs. 1 lit. c EuGVVO für den Begriff der Hauptniederlassung genannt wurden. Der einzige Unterschied besteht darin, dass eine Hauptniederlassung im Verhältnis zu sonstigen Niederlassungen eine übergeordnete Position innehat, sei es aufgrund einer umfangreicheren Ausstattung an personellen und sachlichen Mitteln, sei es aufgrund einer anderen herausragenden Bedeutung für das Stammhaus. Die Rechtsanwendungsprobleme, die sich im Rahmen des Art. 5 Nr. 5 EuGVVO bei Feststellung von Niederlassungen solcher Unternehmen ergeben, die sich im Internet-Handel betätigen, sind jedoch die gleichen wie bei Anwendung des Art. 60 Abs. 1 lit. c EuGVVO. Auf die obigen Ausführungen kann insoweit verwiesen werden: Eine Niederlassung kann dann bestehen, wenn zumindest ein Operationszentrum vorhanden ist, an dem sich sachliche und personelle Mittel nicht nur für den Warenversand, sondern auch für eine dauerhafte Ausübung der geschäftlichen Tätigkeit gegenüber den Kunden befinden.²⁴⁰ Hingegen werden weder der Server noch eine Webseite dem Begriff der Niederlassung gerecht.²⁴¹

2. Betriebsbezogenheit der Streitigkeit

Voraussetzung des Gerichtsstands der Niederlassung ist gem. Art. 5 Nr. 5 EuGVVO ferner, dass die Streitigkeit aus dem Betrieb einer Niederlassung bzw. einer Zweigniederlassung oder Agentur hervorgegangen ist. Das bedeutet, dass die seitens des Klägers geltend gemachten Ansprüche auf den konkreten Betrieb einer Niederlassung bezogen sein müssen.²⁴² Der

²³⁶ EuGH, Urteil vom 22.11.1978, Rs. 33/78 – *Somafer*, Slg. 1978, 2183 Rn. 8; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, Art. 5 EuGVVO Rn. 26; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 22; Thorn, IPRax 1997, 98 (99).

²³⁷ EuGH, Urteil vom 22.11.1978, Rs. 33/78 – *Somafer*, Slg. 1978, 2183 Rn. 8; Musielak-Weth, 4. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 23; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 22; Zöller-Geimer, Art. 5 EuGVVO Rn. 44.

²³⁸ OLG Düsseldorf, IPRax 1998, 210 (211); Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 22.

²³⁹ Geimer/Schütze, Art. 5 EuGVVO Rn. 304; Musielak-Weth, 4. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 23; Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 167; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 22.

²⁴⁰ Vgl. Abschnitt B III 1b (1) im 1. Teil dieser Arbeit.

²⁴¹ Vgl. Abschnitt B III 1b (2) und (3) im 1. Teil dieser Arbeit.

²⁴² EuGH, Urteil vom 22.11.1978, Rs. 33/78 – *Somafer*, Slg. 1978, 2183 Rn. 13; OLG München, RIW 1999, 872 (873); MK-ZPO-Gottwald, Bd. 3, Art. 5 EuGVÜ Rn. 56; Musielak-Weth, 4. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 24; Wieczorek/Schütze-Hausmann, Anh. I § 40 Art. 5 Rn. 82.

EuGH hat drei Fallgruppen entwickelt, in denen diese Voraussetzung zu bejahen ist.²⁴³ Im vorliegenden Kontext ist von diesen Fallgruppen allerdings nur jene von Interesse, wonach sich die Rechtsstreitigkeit auf Verbindlichkeiten beziehen muss, welche die Niederlassung im Namen des Stammhauses eingegangen ist.²⁴⁴

Selbst diese Fallgruppe wird jedoch bei Warenbestellungen im Internet häufig nicht zum Tragen kommen. Der Vertragsschluss im Internet ist von allen realen Örtlichkeiten losgelöst. Insofern ist der Kunde über die Existenz von Niederlassungen des Anbieters zumindest zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oftmals gar nicht im Bilde.²⁴⁵ Vor allem stellt sich die Frage, inwieweit die Beteiligung einer Niederlassung an dem Vertragsschluss oder an der Erfüllung der vertraglichen Verbindlichkeiten überhaupt erkennbar ist. Allerdings ist dieses Problem im vorliegenden Kontext dadurch entschärft, dass es hier nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankommt. Gegenstand der Untersuchung ist die Gerichtszuständigkeit für eine Streitigkeit, die aus einem im Internet abgeschlossenen Vertrag hervorgeht. Zur Bestimmung der zuständigen Gerichte können die Parteien jedoch auch alle sonstigen Informationen heranziehen, die dem Kunden erst nach dem Vertragsschluss zugänglich sind. Zu denken ist etwa an eine Eingangsbestätigung der Bestellung oder auch an den Lieferschein und die Rechnung bei einer Warensendung. Solche Schriftstücke können beispielsweise anhand der Postanschrift des Absenders Aufschluss darüber geben, ob eine Niederlassung oder das Stammhaus selbst an der Eingehung oder an der Erfüllung der Verbindlichkeit beteiligt war. Unter Berücksichtigung solcher Informationen lässt sich dann auch beurteilen, inwieweit die zwischen den Parteien bestehende Streitigkeit einen Bezug zum Betrieb der Niederlassung aufweist.

3. Ergebnis

Nach alledem bereitet die Feststellung einer Betriebsbezogenheit der Streitigkeit im Rahmen des Art. 5 Nr. 5 EuGVVO keine allzu großen Probleme. Die weitaus schwieriger zu beantwortende Frage, unter welchen Umständen die Beteiligung einer Niederlassung bereits bei Vertragsschluss erkennbar ist, soll erst an späterer Stelle ausführlich diskutiert werden, wenn es wirklich auf die Erkennbarkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt.²⁴⁶

In Art. 5 Nr. 5 EuGVVO ist allerdings dieselbe Vorfrage wie im Rahmen des Art. 60 Abs. 1 lit. c EUGVVO genau zu untersuchen, ob ein Unternehmen, das im Internet-Handel tätig ist,

²⁴³ EuGH, Urteil vom 22.11.1978, Rs. 33/78 – *Somafer*, Slg. 1978, 2183 Rn. 13.

²⁴⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 22.11.1978, Rs. 33/78 – *Somafer*, Slg. 1978, 2183 Rn. 13.

²⁴⁵ Ebenso *Junker*, RIW 1999, 809 (813); *Rißmann*, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (727); *Pichler*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 41.

²⁴⁶ Vgl. unten Abschnitt B I 2b im 2. Teil dieser Arbeit.

überhaupt Niederlassungen iSd. Vorschrift hat. Dies ist nur dann denkbar, wenn zumindest ein Operationszentrum für den Warenversand in einem Mitgliedstaat vorhanden ist.

VI. Verbrauchergerichtsstand gem. Art. 15 iVm. Art. 16 EuGVVO

Von besonderer Bedeutung im Hinblick auf Verträge, die im Internet abgeschlossen werden, ist die Gerichtszuständigkeit bei Verbrauchersachen gem. Artt. 15 ff. EuGVVO, die bei allen Ansprüchen aus Verträgen²⁴⁷ einschlägig ist. Zwar wird die überwiegende Zahl der grenzüberschreitenden Kaufverträge im Internet zwischen Geschäftsleuten abgeschlossen, d.h. im sogenannten B2B-Commerce.²⁴⁸ Jedoch nimmt auch das Interesse der Verbraucher an Warenbestellungen im Internet stetig zu. Die Gewährleistung eines umfassenden Verbraucherschutzes bei Rechtsgeschäften im Internet ist mithin ein zentrales Thema. Im vorliegenden Kontext gilt es zu untersuchen, ob und inwieweit sich aufgrund der Tatsache, dass ein Vertrag im Internet abgeschlossen wird, Probleme bei der Anwendung der besonderen Zuständigkeitsvorschriften bei Verbrauchersachen gem. Artt. 15 ff. EuGVVO stellen.

Die besonderen Regelungen der Gerichtszuständigkeit gem. Artt. 15, 16 EuGVVO gelangen jeweils in Abhängigkeit davon zur Anwendung, ob der Verbraucher oder sein Vertragspartner die Klage erhebt. Für den Verbraucher sind sie von Vorteil, da ihm in Art. 16 Abs. 1 EuGVVO ein Wahlrecht eingeräumt wird: Entweder kann er vor den Gerichten des Mitgliedstaats klagen, in dessen Hoheitsgebiet der Vertragspartner seinen Wohnsitz hat, oder aber vor dem Gericht jenes Ortes, an dem er seinen eigenen Wohnsitz hat. In letzterem Fall ist in Anbetracht der Formulierung „des Ortes“ anstatt „des Mitgliedstaats“ davon auszugehen, dass damit auch die örtliche Zuständigkeit festgelegt wird.²⁴⁹ Dies leuchtet ein. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass der Verbraucher selbst so nah wie möglich an seinem eigenen Wohnsitz klagen kann, ohne dass innerstaatliche Zuständigkeitsvorschriften für Verbrauchersachen etwas anderes bestimmen können.²⁵⁰ Der Vertragspartner muss hingegen gem. Art. 16 Abs. 2 EuGVVO immer vor den Gerichten des Mitgliedstaats klagen, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat.

²⁴⁷ Ob auch konkurrierende deliktische Ansprüche von der Vorschrift erfasst sind, ist umstritten. Verneinend unter Hinweis auf den Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 EuGVVO bzw. des Art. 13 Abs. 1 EuGVÜ MK-ZPO-Gottwald, Bd. 3, Art. 13 EuGVÜ Rn. 8; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 15 EuGVVO Rn. 1; Musielak-Weth, 4. Aufl., Art. 15 EuGVVO Rn. 1. Bejahend Benicke, WM 1997, 945 (953); Geimer/Schütze, Art. 15 EuGVVO Rn. 26.

²⁴⁸ Hoeren, NJW 2002, 37 (37).

²⁴⁹ Hausmann, EuLF 2000/01, 40 (46); Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 16 EuGVVO Rn. 5; Kennett, ICLQ 50 (2001), 725 (730); Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325 (331f.); Piltz, NJW 2002, 789 (792).

²⁵⁰ Kennett, ICLQ 50 (2001), 725 (730).

Art. 16 Abs. 1 EuGVVO macht auch den erforderlichen grenzüberschreitenden Bezug des Rechtsstreits deutlich: Die Vorschrift setzt voraus, dass der Verbraucher und sein Vertragspartner ihren Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten haben. Kann der Vertragspartner keinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat vorweisen, ist der grenzüberschreitende Bezug angesichts der Regelung in Art. 15 Abs. 2 EuGVVO ferner dann gewahrt, wenn der Vertragspartner eine sonstige Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat hat. Die Bestimmung des erforderlichen grenzüberschreitenden Bezuges bereitet im Rahmen des Art. 15 EuGVVO also keine Schwierigkeiten.

Besondere Rechtsanwendungsprobleme ergeben sich bei Verträgen im Internet aber hinsichtlich der in Art. 15 Abs. 1 EuGVVO genannten Voraussetzungen. Sie sollen im Folgenden vertieft dargestellt werden.

1. Verbrauchervertrag

Die besondere Zuständigkeit für Verbrauchersachen besteht gem. Art. 15 Abs. 1 EuGVVO nur dann, wenn es sich um Streitigkeiten aus einem Vertrag handelt, den eine Person, der Verbraucher, zu einem Zweck abgeschlossen hat, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden kann. Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 15 EuGVVO ist also das Vorliegen eines Verbrauchervertrages. Dem Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 EuGVVO zufolge hängt diese Einstufung vom Zweck des Vertrages ab: Der Vertrag muss zu einem Zweck abgeschlossen worden sein, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit, sondern dem privaten Lebensbereich des Leistungsempfängers zugerechnet werden kann. Die Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit ist zu bejahen, wenn die Tätigkeit der Erzielung von Einkommen dient, im Wettbewerb mit anderen Gewerbetreibenden bzw. Freiberuflern erfolgt.²⁵¹ Der EuGH legt den Begriff des Verbrauchers dabei autonom und eng aus: Nicht mehr in seiner Eigenschaft als Verbraucher handelt bereits derjenige, der Verträge zum Zweck der Ausübung einer zukünftigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit abschließt.²⁵² Außerdem kann nach ganz herrschender Auffassung nur eine natürliche Person ein „Verbraucher“ iSd. europäischen Einheitsrechts sein, was inzwischen auch durch den EuGH bestätigt wurde.²⁵³

²⁵¹ Soergel-v.Hoffmann, Art. 28 EGBGB Rn. 59; MK-BGB-Martiny, Art. 28 EGBGB Rn. 44.

²⁵² EuGH, Urteil vom 3.7.1997, Rs. C-269/95 – *Benincasa / Dentalkit*, Slg. 1997, I-3767 Rn. 17-19. Vgl. auch Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 15 EuGVVO Rn. 1; Schlosser, EuZPR, 2. Aufl., Art. 15 Rn. 3.

²⁵³ EuGH, Urteil vom 22.11.2001, Rs. C-541/99 und 542/99 – *Idealservice Srl*, EuZW 2002, 32 Rn. 15-17 (bzgl. Art. 2 lit. b der Klausel-Richtlinie). Ferner Czernich/Heiss-Heiss, Art. 5 Rn. 7; Klotz, RIW 1997, 197 (197f.); MK-BGB-Martiny, Art. 29 EGBGB Rn. 5; Reinhart, FS Trinkner (1995), S. 657 (662 ff.); Staudinger-

a) Erkennbarkeit des Vertragszwecks für den Leistenden

Fraglich ist, wie der Verwendungszweck der Leistung zu bestimmen ist. Die reine Absicht des Leistungsempfängers ist nach außen nicht erkennbar, so dass auf dessen innere Willensrichtung nicht abgestellt werden kann.²⁵⁴ Vielmehr kommt es darauf an, wie sich das Geschäft aus der Sicht des Leistenden darstellt. Zu berücksichtigen sind dabei die dem Schuldner objektiv erkennbaren Umstände des Geschäfts.²⁵⁵ Maßgeblich ist für die Sichtweise des Leistenden, wie sich das Geschäft für einen vernünftigen Verkäufer in der gleichen Lage darstellt.²⁵⁶ Der entscheidende Zeitpunkt ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.²⁵⁷

Bei einer Warenbestellung via Internet bedarf es einer näheren Untersuchung darüber, ob der Verwendungszweck für den Leistenden bei Vertragsabschluss überhaupt erkennbar ist. Unproblematisch ist der Fall, dass beide Vertragsparteien sich ausdrücklich über den Verwendungszweck der Ware einigen, beispielsweise im Rahmen einer Email-Korrespondenz, so dass auf Seiten des Leistenden keine Zweifel bestehen können.²⁵⁸ Hingegen ist insbesondere bei Verwendung eines Bestellformulars auf der Webseite des Warenanbieters vielfach nicht erkennbar, ob der Kunde die dort aufgelisteten Waren zu einem Zweck bestellt, die der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dient. Auf einem Online-Bestellformular wird nämlich üblicherweise nur die Angabe des Namens, der Lieferadresse, ggf. einer Rechnungsadresse sowie einer Email-Adresse verlangt. Ein darüber hinausgehender Austausch von Informationen zwischen den Vertragsparteien, der weitere Anhaltspunkte für die Bestimmung des Leistungszwecks liefern würde, findet nicht statt. Darin unterscheidet sich der Vertragsabschluss im Wege der Online-Bestellung von einem Vertragsabschluss im Rahmen eines direkten Kontakts zwischen Verkäufer und Käufer, etwa in einem Laden, aber auch in einer Kommunikation via Email.

Magnus, Art. 29 EGBGB Rn. 44. Anderer Ansicht aber *Lüderitz*, IPR, Rn. 274, der auch im Hinblick auf juristische Personen die Verbrauchereigenschaft für möglich hält.

²⁵⁴ EuGH, Urteil vom 3.7.1997, Rs. C-269/95 – *Benincasa / Dentalkit*, Slg. 1997, I-3767 Rn. 16; Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 15 Rn. 8. Ferner Bericht *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 55 (bzgl. Art 5 EVÜ). Im Hinblick auf Art. 29 EGBGB auch Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 10/504, S. 79; Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29 EGBGB Rn. 3; *Lorenz*, RIW 1987, 569 (576); MK-BGB-*Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 6; Soergel-v.*Hoffmann*, Art. 29 EGBGB Rn. 14.

²⁵⁵ EuGH, Urteil vom 3.7.1997, Rs. C-269/95 – *Benincasa / Dentalkit*, Slg. 1997, I-3767 Rn. 16. Ferner Bericht *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 55; *Dacey/Morris*, Rn. 33-005 (jeweils bzgl. Art. 5 EVÜ). Im Hinblick auf Art. 29 EGBGB auch Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 10/504, S. 79; Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29 EGBGB Rn. 3; *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (231); MK-BGB-*Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 6; Soergel-v.*Hoffmann*, Art 29 EGBGB Rn. 14; Staudinger-*Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 38.

²⁵⁶ Soergel-v.*Hoffmann*, Art. 29 EGBGB Rn. 14.

²⁵⁷ Staudinger-*Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 43.

²⁵⁸ MK-BGB-*Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 6.

aa) Typischer Verwendungszweck für die Ware

In manchen Fällen mag die bestellte Ware selbst einen Hinweis darauf geben, dass der Verwendungszweck eher dem privaten Lebensbereich zugeordnet werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn der bestellte Leistungsgegenstand typischerweise in der Freizeit zum Einsatz kommt, etwa ein Tennisschläger, ein Gesellschaftsspiel oder eine DVD mit einem Spielfilm darauf. Schwieriger wird es aber schon dann, wenn der Kunde eine Druckerpatrone für einen Laserdrucker bestellt. Dann fragt sich in der Tat, ob der Leistende anhand der Informationen auf dem Bestellformular Aufschluss darüber gewinnen kann, ob der Leistungsgegenstand dem privaten oder dem beruflichen Bereich des Leistungsempfängers zuzuschreiben ist. Zu klären ist also, inwieweit ein Anbieter von Waren im Internet angesichts der Pflichtangaben auf einem Online-Bestellformular in der Lage ist, Rückschlüsse auf den Beruf bzw. das Gewerbe des Kunden zu ziehen, anhand derer er den Verwendungszweck für die bestellte Ware erkennen könnte.

bb) Verwendung einer geschäftlichen Email-Adresse oder Lieferadresse

Zum einen ist denkbar, dass der Kunde bei der Bestellung eine geschäftliche Email-Adresse oder Lieferadresse angibt.²⁵⁹ Daraus kann immerhin die Firma des Leistungsempfängers hervorgehen, was dem Leistenden Rückschlüsse auf die berufliche bzw. gewerbliche Tätigkeit des Kunden ermöglichen kann. So ist etwa möglich, dass der Kunde eine Email-Adresse mit der Top Level Domain „.com“ verwendet.

Selbst eine Email-Adresse mit dieser Endung hat jedoch nur eine sehr eingeschränkte Aussagekraft. Erstens lässt die Top Level Domain „.com“ in der Email-Adresse gar nicht zwingend den Schluss zu, dass es sich bei dem vorangestellten Namen um das Unternehmen des Bestellers handelt. Möglich ist nämlich auch, dass damit der Internet Service Provider bezeichnet wird, bei dem das Email-Postfach des Bestellers eingerichtet ist.²⁶⁰ So verhält es sich etwa bei einer Internet-Adresse „XY@Hotmail.com“. Zweitens ist selbst dann, wenn in der Email-Adresse tatsächlich die Firma des Kunden verwendet wurde, im vorliegenden Kontext ein weiterer Umstand zu berücksichtigen: Es handelt sich um einen grenzüberschreitenden Vertrag. Für einen Warenanbieter mit Sitz in einem anderen Staat besitzt demnach die Angabe der Firma nur dann eine Aussagekraft, sofern die betreffende Firma überhaupt einen inter-

²⁵⁹ Vgl. Staudinger-*Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 38; *Mankowski*, *RebelsZ* 63 (1999), 203 (231f.).

²⁶⁰ Dies übersieht *Mankowski*, *RebelsZ* 63 (1999), 203 (232).

nationalen Ruf genießt. Ist dies nicht der Fall, kann der Leistende sich hingegen kein Bild von dem Beruf bzw. Gewerbe seines Kunden machen.

Selbst wenn aber in dieser Hinsicht Klarheit herrscht, ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass viele Internet-Nutzer ihre geschäftliche Email-Adresse bei Warenbestellungen auch für private Zwecke verwenden, weil sie ein weiteres privates Email-Postfach gar nicht eingerichtet haben.²⁶¹ Gleiches gilt für die Angabe einer geschäftlichen Lieferadresse.

Diese erfolgt häufig bloß aus Gründen der Bequemlichkeit, obwohl es sich um eine Warenlieferung zu rein privaten Zwecken handelt. Nicht immer muss die bestellte Ware also einem beruflichen oder gewerblichen Zweck dienen, selbst wenn ganz offensichtlich eine geschäftliche Liefer- oder Email-Adresse bei der Bestellung angegeben wurde.

In solchen Fällen kommt eine Verwendung für berufliche oder gewerbliche Zwecke aus der Sicht des Leistenden aber zumindest dann in Betracht, wenn die bestellte Ware einen sinnvollen Bezug zu der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit des Bestellers aufweist.²⁶² Bestellt zum Beispiel ein Rechtsanwalt 500 Druckerpatronen unter Angabe der geschäftlichen Email-Adresse und der Postadresse seiner Kanzlei, dann stellt sich das Geschäft unter Berücksichtigung aller objektiven Umstände für den Leistenden als ein Geschäft zu beruflichen bzw. gewerblichen Zwecken dar. Hingegen ist etwa die Bestellung des oben erwähnten Tennisschlägers, einer DVD mit einem Spielfilm darauf oder eines Gesellschaftsspiels aus der Sicht des Leistenden auch dann als ein Privatgeschäft anzusehen, wenn es sich bei dem Kunden um denselben Rechtsanwalt handelt und dieser wiederum seine geschäftliche Email- oder Postadresse auf dem Bestellformular angegeben hat.

cc) Guter Glaube an das Nichtvorliegen eines Verbrauchervertrages

Nach alledem kann die Bestimmung des mit dem Vertrag verfolgten Zwecks bei einem Vertragsabschluss im Internet mangels Erkennbarkeit Probleme bereiten. Letztlich kommt es aber immer auf die Umstände des Einzelfalles an. Möglich ist insofern auch der Fall, dass der Vertragspartner, d.h. der Warenanbieter, gutgläubig davon ausgeht, es handele sich nicht um einen Verbrauchervertrag, sondern um einen Vertrag zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken. In Wirklichkeit liegt jedoch ein Verbrauchervertrag vor. In dieser Situation drängt sich die Frage auf, ob die Vorschriften über den Verbrauchergerichtsstand einschlägig sind oder

²⁶¹ Vgl. zu den arbeitsrechtlichen Konsequenzen der privaten Email- und Internet-Nutzung durch Mitarbeiter eines Unternehmens (nach deutschem Recht): *Kliemt*, AuA 2001, 532 ff.

²⁶² Bericht *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 55; *Staudinger-Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 38; *Manowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (232).

nicht. Diese Frage ist bislang ungeklärt; eine richtungsweisende Rechtsprechung des EuGH existiert nicht.

Daher bietet es sich zuallererst an, den Wortlaut des Art. 15 EuGVVO näher zu betrachten. Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 EuGVVO ist lediglich, dass ein Verbrauchervertrag vorliegt. Dass insoweit auch der gute Glaube des Vertragspartners Berücksichtigung finden soll, ist hingegen nicht erwähnt. Dies deutet darauf hin, dass es auf den guten Glauben des Vertragspartners an das Nichtvorliegen eines Verbrauchervertrages nicht ankommt. Auf der anderen Seite wurde bereits dargestellt, dass das Vorliegen des Verbrauchervertrages richtigerweise aus der Sicht des Leistenden anhand der objektiv erkennbaren Umstände zu beurteilen ist, da die innere Willensrichtung des Leistungsempfängers kein taugliches Abgrenzungskriterium darstellt. Konsequenterweise ist dann aber auch bei Vorliegen der entsprechenden objektiv erkennbaren Umstände der gute Glaube des Leistenden geschützt. Dies entspricht auch einer gerechten Risikoverteilung. Für den Vertragspartner muss in Anbetracht der Vorschriften über den internationalen Verbrauchergerichtsstand bereits bei Vertragsschluss Klarheit darüber herrschen, ob der anderen Partei ein besonderer Schutz durch die Regelung des Art. 16 EuGVVO zugute kommt oder nicht.²⁶³ Er muss das Risiko darüber kalkulieren können, in welchen Staaten er im Falle von Rechtsstreitigkeiten aus dem Vertrag als Kläger und Beklagter gerichtspflichtig ist. Ferner muss er ersehen können, ob die Beschränkungen des Art. 17 EuGVVO über die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen zu beachten sind oder nicht.²⁶⁴ Dies wäre aber nicht gewährleistet, wenn sich der Leistende nicht einmal auf die objektiv erkennbaren Umstände des Geschäfts verlassen könnte. Demnach muss billigerweise der gute Glaube an das Nichtvorliegen eines Verbrauchervertrages geschützt sein.

Dieses Ergebnis wird erhärtet durch eine Feststellung im Bericht von *Giuliano/Lagarde*. Zwar befasst sich der Bericht von *Giuliano/Lagarde* mit dem Römischen EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ)²⁶⁵ und nicht mit den europäischen Vorschriften über die internationale Gerichtszuständigkeit. Jedoch soll nach den Aussagen von *Giuliano/Lagarde* die Feststellung eines Verbrauchervertrages in Übereinstimmung zwischen dem EVÜ und dem Vollstreckungsabkommen, d.h. dem EuGVÜ, erfolgen.²⁶⁶ Für Art. 15 EuGVVO, dessen Wortlaut sich im Hinblick auf die Voraussetzung des Verbrauchervertrages nur marginal geändert hat, kann dann nichts anderes gelten.

²⁶³ Ähnlich *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 15 Rn. 8.

²⁶⁴ Vgl. dazu näher unten Abschnitt B VII 6 im 1. Teil dieser Arbeit.

²⁶⁵ BGBl. 1986 II, S. 810.

²⁶⁶ Bericht *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 55. Vgl. auch den Bericht von *Schlosser*, ABl.EG Nr. C 59 vom 5.3.1979, S. 117, dort Rn. 153. Ferner *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 15 Rn. 5; *Spindler*, MMR 2000, 18 (19).

Der Bericht *Giuliano/Lagarde* besagt, dass der gute Glaube einer Vertragspartei, dass der Vertragspartner kein Verbraucher sei, geschützt werde.²⁶⁷ Wenn die Vertragspartei von der Verbrauchereigenschaft ihres Kontrahenten weder Kenntnis hatte noch haben konnte, fällt der Sachverhalt demnach nicht unter die Vorschrift für Verbraucherverträge.²⁶⁸

Kann der Warenanbieter bei einem Vertragsabschluss im Internet trotz Berücksichtigung aller Umstände nicht erkennen, dass ein Geschäft zu privaten Zwecken erfolgt, ist sein guter Glaube an das Vorliegen eines Geschäfts zu beruflichen bzw. gewerblichen Zwecken geschützt. Art. 15 EuGVVO greift dann nicht ein.²⁶⁹

b) Ergebnis

Die obigen Ausführungen zeigen, dass sich zumindest bei einer Bestellung von Waren anhand eines Bestellformulars auf einer Webseite Probleme bei der Erkennbarkeit des Vertragszwecks ergeben. Bei einer Email-Kommunikation können diese Probleme geringer sein, da hier der Austausch weiterer Informationen möglich ist. Immerhin ist aber der gute Glaube des Warenanbieters an das Nichtvorliegen eines Verbrauchervertrages geschützt, sofern der private Zweck des Geschäfts für ihn trotz Würdigung aller Umstände nicht objektiv erkennbar war.

Abschließend ist ferner anzumerken, dass sich die Problematik der Erkennbarkeit typischerweise nicht nur bei Verträgen im Internet ergibt. Bei Vornahme von Warenbestellungen im Versandhandel treten letztlich die gleichen Schwierigkeiten auf.

2. Vertragsgegenstand

Die weiteren Voraussetzungen für die Gerichtszuständigkeit in Verbrauchersachen hängen davon ab, um was für einen Vertrag es sich handelt. Dafür ist auf Art. 15 Abs. 1 lit. a – c EuGVVO näher einzugehen.

a) Teilzahlungskauf und Finanzierungskauf gem. Art. 15 Abs. 1 lit. a und lit. b

EuGVVO

Gem. Art. 15 Abs. 1 lit. a und lit. b EuGVVO ist der Verbrauchergerichtsstand dann eröffnet, wenn es sich bei dem Vertrag entweder um einen Kauf beweglicher Sachen auf Teil-

²⁶⁷ Bericht *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 55.

²⁶⁸ Bericht *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 55. Im Hinblick auf Art. 29 EGBGB auch Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 10/504, S. 79.

²⁶⁹ Ebenso *Spindler*, MMR 2000, 18 (20) bzgl. Art. 13 EuGVÜ. Anderer Ansicht *Scheuermann*, S. 55f..

zahlung oder um ein in Raten zurückzuzahlendes Darlehen oder ein anderes Kreditgeschäft handelt, das zur Finanzierung eines Kaufs derartiger Sachen dient.

Der Begriff des Teilzahlungskaufs ist autonom zu interpretieren²⁷⁰: Ein Teilzahlungskauf iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. a EuGVVO liegt vor, sofern der Verkäufer dem Käufer ein Darlehen gewährt, ihm also den Besitz an der Sache übertragen hat, bevor der Erwerber den gesamten Kaufpreis gezahlt hat.²⁷¹ Demgegenüber ist Art. 15 Abs. 1 lit. b EuGVVO dann einschlägig, wenn ein Kreditgeschäft zweckgebunden für die Finanzierung eines Kaufs beweglicher Sachen iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. a EuGVVO abgeschlossen wird.²⁷² Der Umstand, dass der Kaufpreis auf einmal bezahlt wird, steht dem nicht entgegen.²⁷³

Im Hinblick auf Vertragsabschlüsse im Internet weisen diese beiden Vorschriften keine besonderen Probleme auf. Für die autonome Definition eines Kaufvertrages kann auf die obigen Ausführungen über den Erfüllungsgerichtsstand iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO verwiesen werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist allenfalls noch einmal klarzustellen, dass der Erwerb von Software nur dann als Kauf beweglicher Sachen iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. a EuGVVO anzusehen ist, wenn Standard-Software auf einem körperlichen Datenträger veräußert wird.²⁷⁴

Weitere Aspekte des Abschlusses von Teilzahlungs- und Finanzierungskaufen im Internet sind im vorliegenden Kontext nicht zu berücksichtigen. Zwar unterliegen solche Kreditgeschäfte zu Warn- und Beweis Zwecken²⁷⁵ häufig der Schriftform, deren Einhaltung bei einem Vertragsabschluss im Internet zu problematisieren wäre. So ist etwa nach deutschem Recht ein Verbraucherdarlehensvertrag gem. § 492 Abs. 1 Satz 1 BGB schriftlich abzuschließen, wobei in § 492 Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich klargestellt wird, dass die elektronische Form nicht ausreichend ist. Jedoch ist die Frage nach der Formwirksamkeit eines Teilzahlungs- oder Finanzierungskaufs im Internet ein Rechtsanwendungsproblem des jeweiligen an den Vertrag anzuknüpfenden nationalen Rechts. Darauf kann im vorliegenden Zusammenhang nicht ausführlich eingegangen werden. An dieser Stelle soll lediglich darauf hingewiesen werden, dass zumindest in den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten im Zuge der Umsetzung des Art. 9 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie Formerleichterungen zugunsten des Abschlusses von

²⁷⁰ EuGH, Urteil vom 27.4.1999, Rs. C-99/96 – *Mietz / Intership Yachting*, Slg. 1999, I-2277 Rn. 29-33; Thomas/Putzo-*Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 15 EuGVVO Rn. 2.

²⁷¹ EuGH, Urteil vom 27.4.1999, Rs. C-99/96 – *Mietz / Intership Yachting*, Slg. 1999, I-2277 Rn. 33; Zöller-Geimer, Art. 15-17 EuGVVO Rn. 5; Thomas/Putzo-*Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 15 EuGVVO Rn. 2.

²⁷² Thomas/Putzo-*Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 15 EuGVVO Rn. 3.

²⁷³ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 15 Rn. 19; Thomas/Putzo-*Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 15 EuGVVO Rn. 3.

²⁷⁴ Vgl. Abschnitt B IV 1a aa (2) im 1. Teil dieser Arbeit.

²⁷⁵ Vgl. etwa für § 492 Abs. 1 Satz 1 BGB Palandt-*Putzo*, 64. Aufl., § 492 BGB Rn. 1.

Verträgen auf elektronischem Wege geschaffen wurden.²⁷⁶ In Deutschland wurde daher unter anderem in § 502 Abs. 2 BGB festgelegt, dass Teilzahlungsgeschäfte im Fernabsatz nicht dem strengen Schriftformerfordernis des § 126 BGB unterliegen, sofern die erforderlichen Angaben rechtzeitig vor Vertragsschluss in Textform iSd. § 126b BGB mitgeteilt worden sind. Dieses Erfordernis kann auch bei einem Vertragsabschluss im Internet mit einer Email erfüllt werden.²⁷⁷

Aufgrund der Tatsache, dass es sich hierbei aber letztlich um Rechtsanwendungsfragen des nationalen Rechts handelt, müssen sich die Überlegungen zu Teilzahlungs- und Finanzierungskäufen auf diese Bemerkungen beschränken.

b) Auffangtatbestand gem. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO

Für alle anderen Fälle, in denen keine Teilzahlungs- und Finanzierungskäufe vorliegen, richtet sich die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Zuständigkeit bei Verbrauchersachen nach Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO: Der Verbrauchergerichtsstand ist nur dann eröffnet, wenn der andere Vertragspartner in dem Mitgliedstaat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgend einem Wege auf diesen Mitgliedstaat ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt. Mit dieser Formulierung unterscheidet sich Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO im Hinblick auf die erfassten Verträge deutlich von der Norm des EuGVÜ über den Verbrauchergerichtsstand, Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ. Während die Regelung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ ausdrücklich nur die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung beweglicher Sachen zum Gegenstand hatte, gilt Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO „in allen anderen Fällen“. Insofern ist davon auszugehen, dass Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO als Auffangtatbestand zu verstehen ist, der immer dann eingreift, wenn die Voraussetzungen der lit. a und lit. b nicht vorliegen.²⁷⁸ In Art. 15 Abs. 3 EuGVVO wird dabei klargestellt, dass auch Reiseverträge, die für einen Pauschalpreis kombinierte Beförderungs- und Unterbringungsleistungen vorsehen, unter die Artt. 15 ff. EuGVVO fallen.

²⁷⁶ Vgl. dazu den Ersten Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), KOM (2003) 702 vom 21.11.2003, S. 7.

²⁷⁷ Begr. des Entwurfs für das „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr“, BT-Drucks. 14/4987, S. 19; Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 126b BGB Rn. 3.

²⁷⁸ *Fricke*, VersR 1999, 1055 (1057f.); Thomas/*Putzo-Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 15 EuGVVO Rn. 5; *Jayme/Kohler*, IPRax 2001, 501 (505); *Junker*, RIW 2002, 569 (572); *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 15 Rn. 20; *Spindler*, MMR 2000, 18 (23).

Die den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildenden Kaufverträge sind ebenfalls unproblematisch von diesem Auffangtatbestand erfasst. Allerdings enthält Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO – ebenso wie die Vorgänger-Regelung in Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ – weitere Voraussetzungen, die seinen Anwendungsbereich wieder beschränken. Sie wurden gegenüber Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ grundlegend verändert. Insofern ist eine vertiefende Darstellung der weiteren Anwendungsvoraussetzungen des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO angebracht.

3. Besondere Anforderungen an den Vertragsabschluss gem. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO

Es fällt auf, dass die besonderen Anforderungen, die Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a und b EuGVÜ an die Umstände des Vertragsabschlusses stellen, in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO ausnahmslos durch andere Voraussetzungen ersetzt wurden. Zum einen ist die Einschränkung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a EuGVÜ, wonach ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung im Wohnsitzstaat des Verbrauchers erfolgt sein muss, im Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO nicht mehr enthalten. Stattdessen genügt nunmehr die bloße Ausrichtung einer geschäftlichen oder gewerblichen Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers. Zum anderen wird in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO nicht mehr die Voraussetzung aufgestellt, dass der Verbraucher die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen in seinem Wohnsitzstaat vornimmt. Letzteres macht die Differenzierung zwischen einem aktiven und einem passiven Verbraucher entbehrlich: Während durch Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ nur derjenige Verbraucher einem besonderen Schutz in Gestalt eines Gerichtsstands in seinem Wohnsitzstaat unterstellt wurde, der die erforderlichen Rechtshandlungen in seinem Wohnsitzstaat vorgenommen hatte, wird von Art. 15 EuGVVO nunmehr auch der aktive Verbraucher erfasst, der seinen Wohnsitzstaat zur Vornahme eines Vertragsabschlusses verlässt.²⁷⁹

Damit geht die letztgenannte Vorschrift über die internationale Gerichtszuständigkeit bei Verbrauchersachen in ihrem Anwendungsbereich wesentlich über den bisher geltenden Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ hinaus.²⁸⁰ Die Änderung der Voraussetzungen für eine Gerichtszuständigkeit bei Verbrauchersachen sollte dabei insbesondere dem Vertragsschluss im Internet Rechnung tragen.²⁸¹ Inwieweit dies gelungen ist, soll im Folgenden ergründet werden.

²⁷⁹ Hausmann, EuLF 2000/01, 40 (45); Jayme/Kohler, IPRax 1999, 401 (405); Junker, RIW 2002, 569 (574); Reich/Gambogi Carvalho, VuR 2001, 269 (271); Reich/Nordhausen, S. 102.

²⁸⁰ Hausmann, EuLF 2000/01, 40 (45); Reich/Gambogi Carvalho, VuR 2001, 269 (270); Wernicke/Hoppe, MMR 2002, 643 (645).

²⁸¹ Vgl. Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 17f..

a) Ausübung oder Ausrichtung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit

Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO verlangt zunächst, dass der Anbieter in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgend einem Wege auf diesen Mitgliedstaat oder auf mehrere Staaten, einschließlich des Mitgliedstaats, ausrichtet.

aa) Berufliche oder gewerbliche Tätigkeit

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO ist also eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit des Vertragspartners des Verbrauchers. Mit dieser Formulierung wird eine in Bezug auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ kontrovers diskutierte Frage endgültig geklärt. Bislang war umstritten, ob die einheitsrechtlichen Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers auch dann anwendbar sind, wenn beide Vertragsparteien Verbraucher sind, wenn also ein reines Privatgeschäft vorgenommen wird.²⁸² Insoweit trifft Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO eine eindeutige Aussage: Eine Partei muss in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handeln. Auf einen Vertrag zwischen zwei Verbrauchern ist Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO also unstreitig nicht anwendbar.²⁸³

Einem Warenanbieter stehen zwei Wege offen, das Internet für einen Vertragsabschluss zu nutzen. Zum einen ist der Fall denkbar, dass ein Warenanbieter ein ganz gewöhnliches Ladenlokal in der realen Welt unterhält und sich seine Nutzung des Internet darauf beschränkt, via Email individuelle Vertragsverhandlungen mit seinen Kunden zu führen. Besonderheiten ergeben sich in diesem Fall lediglich hinsichtlich des gewählten Kommunikationsmediums. Davon abgesehen handelt es sich aber für den Warenanbieter um die typische Situation eines Vertragsabschlusses. Vertragsverhandlungen via Email sind also unproblematisch der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit eines Warenanbieters zuzuordnen, nicht anders als etwa Vertragsverhandlungen per Telefax oder Briefpost.

Zum anderen kann ein Warenanbieter aber auch eine kommerzielle Webseite im WWW verwenden. Eine solche Webseite enthält üblicherweise nähere Angaben über den Anbieter selbst, etwa seinen Sitz und sonstige Niederlassungen, und des Weiteren eine Präsentation seiner Produkte. Darüber hinaus wird für den Kunden vielfach die Möglichkeit eingeräumt, seine für den Abschluss eines Kaufvertrages erforderliche Willenserklärung direkt durch Ü-

²⁸² Bejahend (allerdings in Bezug auf Art. 29 EGBGB): Erman-Hohloch, Art. 29 EGBGB Rn. 22; MK-BGB-Martiny, Art. 29 EGBGB Rn. 7. Verneinend Schaltinat, S. 53f..

²⁸³ Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 15 Rn. 22.

bermittlung eines Online-Bestellformulars abzugeben. Dann handelt es sich um eine sogenannte aktive Webseite.²⁸⁴ Beschränkt sich die Webseite hingegen auf die Warenpräsentation zu Werbezwecken, handelt es sich um eine passive Webseite.²⁸⁵ Auf diese Unterscheidung wird an späterer Stelle noch einzugehen sein. Unabhängig davon, ob eine Webseite eine Gelegenheit zum elektronischen Vertragsabschluss vorsieht oder sich auf die Warenpräsentation beschränkt, dient sie aber in jedem Fall dazu, den Abschluss von Kaufverträgen und damit den Warenabsatz zu fördern. Auch bei einem Internet-Auftritt mittels einer Webseite handelt es sich folglich um eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit für den Warenanbieter. Sie wird gerade deshalb von vielen Unternehmen eingesetzt, weil eine Webseite im WWW überall auf der Welt abrufbar ist, so dass auf diesem Wege ein besonders großer potentieller Kundenkreis angesprochen werden kann.

Die Nutzung des Internet ist für einen Warenanbieter demnach Teil seiner beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit. Diese erste Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO ist somit unproblematisch zu bejahen.

Fraglich ist hingegen, ob auch die weiteren Voraussetzungen des Auffangtatbestandes bei einem Vertragsabschluss im Internet erfüllt sind. Weitreichende Probleme ergeben sich insbesondere bei dem Erfordernis, dass die berufliche bzw. gewerbliche Tätigkeit im Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgeübt werden oder auf irgend einem Wege zumindest auch auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet sein muss.

bb) Ausübung im Wohnsitzstaat des Verbrauchers

Die Probleme beginnen damit, dass weder der Begriff der „Ausübung“ noch der Begriff der „Ausrichtung“ einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit in der Vorschrift selbst definiert ist. In Bezug auf das Merkmal der „Ausrichtung“ hat die Kommission von einer Definition sogar ausdrücklich abgeraten, trotz einer entsprechenden Forderung des Europäischen Parlaments.²⁸⁶

Bei der Auslegung des Begriffs der „Ausübung“ kann davon ausgegangen werden, dass in Abgrenzung zur bloßen „Ausrichtung“ jener Umstand ausschlaggebend ist, dass der Unternehmer direkt im Wohnsitzstaat des Verbrauchers, also vor Ort aktiv tätig wird. Dies ist etwa dann zu bejahen, wenn er seine Waren an einem Stand auf einer Messe präsentiert.²⁸⁷ Im Ge-

²⁸⁴ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 15 Rn. 23; *Regaldo*, EuLF 2000/01, 112 (114).

²⁸⁵ *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1004); *Hausmann*, EuLF 2000/01, 40 (45).

²⁸⁶ Begr. der Kommission zum geänderten Verordnungsvorschlag, KOM (2000) 689 vom 26.10.2000, S. 6.

²⁸⁷ Ebenso *Heß*, IPRax 2000, 370 (372). Zweifelnd allerdings *Junker*, RIW 2002, 569 (574).

gensatz dazu ist von einer „Ausrichtung“ der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit zu sprechen, wenn der Unternehmer vom Ausland aus handelt, sein Handeln jedoch eine Wirkung im Wohnsitzstaat des Verbrauchers hervorruft. Dabei ist vor allem an Werbung zu denken, die im Staat des Verbrauchers verbreitet wird.²⁸⁸

(1) Email-Kommunikation

Zu überlegen ist, ob eine Email-Kommunikation eine Ausübung der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit im Wohnsitzstaat des Verbrauchers darstellt. Dies ist deswegen denkbar, weil die Email des Anbieters vom Verbraucher am Bildschirm seines heimischen Computers wahrgenommen werden kann. Man könnte also vertreten, dass Vertragsverhandlungen via Email rechtlich nicht anders zu beurteilen sind als etwa der Fall, dass der Unternehmer am Wohnsitz des Verbrauchers ein persönliches Gespräch führt. Bei lebensnaher Betrachtungsweise steht dieser Beurteilung jedoch der Umstand entgegen, dass der Unternehmer seinerseits ebenfalls die Emails des Verbrauchers am heimischen Computerbildschirm zur Kenntnis nehmen kann. Die Konstruktion, dass der Vertrag nun gerade am Wohnsitz des Verbrauchers zustande gekommen ist, gleichsam als hätte ein persönlicher Kontakt vor Ort bestanden, kann demnach nicht überzeugen. De facto besteht eine räumliche Distanz zwischen dem Unternehmer einerseits und dem Verbraucher andererseits. Insofern übt der Unternehmer seine Tätigkeit nicht direkt im Staat des Verbrauchers aus, sondern vielmehr dort, wo er seinen Sitz hat. Die Vertragsverhandlungen können jedoch eine Ausrichtung seiner Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers darstellen.

(2) Kommerzielle Webseite

Auch das Unterhalten einer kommerziellen Webseite im WWW, die der Verbraucher in seinem Wohnsitzstaat abrufen kann, stellt kein Ausüben der beruflichen Tätigkeit im Wohnsitzstaat des Verbrauchers dar. Ein aktives Tätigwerden kann nur dort angenommen werden, wo der Unternehmer seine Geschäftstätigkeit auch tatsächlich ausführt. Dabei muss es sich um einen Ort handeln, an dem sich das Personal und ggf. auch die sachlichen Mittel befinden, um Verträge abzuschließen und die Erfüllung dieser Verträge vorzunehmen. Zu denken ist etwa an einen Stand auf einer Messe, die im Staat des Verbrauchers stattfindet. Eine kommerzielle Webseite im WWW zeichnet sich aber gerade durch das Fehlen personeller und sachlicher Mittel aus. Sie kann demnach nicht als aktives Tätigwerden des Unternehmers im Wohn-

²⁸⁸ Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 15 EuGVVO Rn. 8.

sitzstaat des Verbrauchers angesehen werden. In Betracht kommt jedoch auch hier die Ausrichtung der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers.

Auf diese zweite Alternative iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO ist daher im folgenden Abschnitt näher einzugehen.

cc) Ausrichtung auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers

Auch im Hinblick auf das Merkmal der „Ausrichtung“ muss zunächst eine Definition des Begriffes erfolgen. Wie bereits geklärt, ist eine „Ausrichtung“ der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit – in Abgrenzung zum Merkmal der „Ausübung“ – dann zu bejahen, wenn der Unternehmer vom Ausland aus handelt, sein Handeln jedoch eine Wirkung im Wohnsitzstaat des Verbrauchers hervorruft, was etwa bei Werbung der Fall ist, die im Staat des Verbrauchers verbreitet wird.²⁸⁹

Des Weiteren stellt sich in Anbetracht der Wortwahl die Frage, ob die „Ausrichtung“ iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO nicht auch eine Zielgerichtetheit der beruflichen Tätigkeit verlangt.

(1) Erfordernis der Zielgerichtetheit

Wenig hilfreich für die Klärung dieser Frage ist die Begründung der Kommission zum Verordnungsentwurf. Darin findet sich nur eine kurze Äußerung über das Merkmal der Ausrichtung: Das Konzept, das auf die Ausrichtung der Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers abstellt, soll verdeutlichen, dass Verbraucherverträge, die mittels einer aktiven Webseite geschlossen werden, die im Wohnsitzstaat des Verbrauchers zugänglich ist, unter Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO fallen.²⁹⁰ Hingegen soll die bloße Tatsache, dass sich der Verbraucher der Möglichkeit, Waren zu kaufen, via eine in seinem Wohnsitzstaat zugängliche passive Webseite bewusst wurde, die Zuständigkeitsregeln nicht zur Anwendung bringen.²⁹¹ Diese Formulierung macht zwar deutlich, dass in der rechtlichen Beurteilung von Vertragsabschlüssen unter Nutzung des Internet nach dem Willen des Ordnungsgebers ganz offensichtlich zwischen aktiven und passiven Webseiten unterschieden werden soll. Damit wird jedoch keine Antwort auf die grundsätzliche Frage gegeben, wie die Ausrichtung der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit überhaupt zu definieren ist. Somit hilft sie im vorliegenden

²⁸⁹ Vgl. Abschnitt B VI 3a bb im 1. Teil dieser Arbeit.

²⁹⁰ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 17.

²⁹¹ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 17f..

Kontext nicht weiter. Auf die Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Webseiten ist erst an späterer Stelle noch einmal einzugehen.²⁹²

Die Erörterung über das Erfordernis der Zielgerichtetheit muss sich insofern auf eine Wortlautauslegung beschränken. Nach dem Sinngehalt des Wortes „ausrichten“ muss die Tätigkeit des Unternehmers eine bewusste Richtung auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers aufweisen. Diese Erkenntnis wird durch einen Blick auf die Wortwahl in der englischen und in der französischen Fassung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO erhärtet. In der englischen Fassung wird in Bezug auf den Vertragspartner des Verbrauchers gefordert: „a person who [...] directs such activities to that Member State“; in der französischen Fassung heißt es: „une personne qui [...] dirige ses activités vers cet Etat membre“. Auch der englische Begriff „directs“ bzw. der französische Begriff „dirige“ beinhaltet nach dem jeweiligen Sprachverständnis ein zielgerichtetes Tun. Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass die Ausrichtung der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO eine Zielrichtung auf jenen Staat aufweist, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz haben muss.²⁹³

(2) Anwendung auf Verträge im Internet

Nachdem Klarheit über den Begriff der „Ausrichtung“ in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO geschaffen wurde, gilt es nun zu untersuchen, ob bzw. in welchen Fällen die Nutzung des Internet für Vertragsabschlüsse zu einer Anwendbarkeit der Artt. 15 ff. EuGVVO führt.

Insoweit ist zu differenzieren zwischen der Internet-Nutzung für Vertragsverhandlungen und Vertragsabschlüsse via Email einerseits und dem Internet-Auftritt mittels einer Webseite im WWW andererseits.

(a) Email-Kommunikation

Unproblematisch erscheint auf den ersten Blick die Beurteilung eines Vertragsabschlusses via Email. Der Warenanbieter führt eine individuelle Kommunikation mit der anderen Partei, so dass außer Frage steht, dass er seine Emails gezielt an diese Person richtet. Dies lässt jedoch nicht zwingend den Schluss zu, dass auch eine Zielrichtung auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers vorliegt. Es gilt, die Eigentümlichkeiten der Email-Korrespondenz zu berücksichtigen: Anders als bei einem traditionellen Briefwechsel kann der Anbieter nicht unbedingt erkennen, in welchem Staat der von ihm angeschriebene Internet-Teilnehmer seinen Wohnsitz

²⁹² Vgl. unten Abschnitt B VI 3a cc (2) (b) (ee) (aaa) im 1. Teil dieser Arbeit.

²⁹³ Ebenso *Wernicke/Hoppe*, MMR 2002, 643 (646).

hat. Anders als die Post-Adresse, die regelmäßig den Wohnsitz des Adressaten widerspiegelt, ist eine Email-Adresse frei von solchen Informationen. Eine Email-Adresse kann zwar Aufschluss geben über die Nationalität des Service-Providers, bei dem das Email-Konto eingerichtet ist, sofern dieser das entsprechende Länderkürzel im Domain-Namen führt, etwa in den Email-Adressen „XY@Freenet.de“ oder „XY@Web.de“. Aber erstens bietet selbst dies noch keine Garantie dafür, dass auch der Inhaber dieser Email-Adresse seinen Wohnsitz tatsächlich in Deutschland hat; er kann beispielsweise auch als Deutscher im Ausland leben. Und zweitens ist es ebenso möglich, dass noch nicht einmal der Domain-Name des Service-Providers eine Länderkennung aufweist, wie z.B. bei den Email-Adressen „XY@Hotmail.com“ oder „XY@gmx.net“.

Demnach ist festzustellen, dass schon in dieser scheinbar eindeutigen Fallkonstellation nicht unbedingt eine Zielgerichtetheit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers vorliegen muss. Andererseits ist bei realistischer Betrachtung davon auszugehen, dass im Falle von Vertragsverhandlungen per Email auch der Wohnsitz des Kunden zum Gegenstand gemacht wird, spätestens dann, wenn die Lieferadresse für den Kaufgegenstand und die Rechnungsadresse anzugeben ist. Dies erfolgt gerade bei grenzüberschreitenden Verträgen üblicherweise auch vor Vertragsabschluss, da der Verkäufer anhand der Distanz für den Transport der Ware die Versandkosten kalkulieren muss, was sich wiederum auf den Kaufpreis auswirken kann. Sofern der Anbieter nach Angabe der Adresse feststellt, dass der Verbraucher seinen Wohnsitz in einem Staat hat, auf den er seine geschäftliche Tätigkeit gar nicht erstrecken will, wird er dann die Vertragsverhandlungen abbrechen. Führt es sie aber zu Ende und schließt den Vertrag ab, so ist davon auszugehen, dass spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses selbst eine gezielte Ausrichtung der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit des Anbieters auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers gegeben ist.

(b) Webseite im WWW

Schwieriger ist die Beurteilung der Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit dann, wenn der Warenanbieter das Internet dadurch zum Vertragsabschluss nutzt, dass er eine Webseite im WWW unterhält. Wie bereits erwähnt, kann dies auf zweierlei Weise geschehen. Zum einen kann der Anbieter auf der Webseite lediglich eine Warenpräsentation gestalten und Kaufinteressenten auf einen Besuch in seinem Ladenlokal verweisen. Zum anderen kann auf der Webseite jedoch auch die Möglichkeit zu einer Warenbestellung gegeben werden, indem ein

Bestellformular online übermittelt wird. In beiden Fällen bereitet die Voraussetzung der gezielten Ausrichtung iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO Probleme bei der Rechtsanwendung.

Das Internet stellt ein weltweites Kommunikationsmedium dar. Der Inhalt einer Webseite im WWW kann mithin in allen Staaten der Welt abgerufen werden. Vor diesem Hintergrund fragt es sich, ob eine Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. c EUGVVO dann ebenfalls auf jeden Staat der Welt besteht. Zur Klärung dieser Frage kommt es entscheidend auf die Zielrichtung einer kommerziellen Webseite an, d.h. darauf, ob eine kommerzielle Webseite auch gezielt auf jeden Staat der Welt gerichtet ist.

(aa) Reise des Verbrauchers ins „virtuelle Ausland“

Die Zielrichtung einer kommerziellen Webseite auf einen konkreten Staat könnte zunächst dann fehlen, wenn man davon ausgeht, dass sich der Verbraucher mit der Einwahl in das Internet und mit dem Aufrufen der Webseite gleichsam ins „virtuelle Ausland“ begeben hat.²⁹⁴ Unter diesem Blickwinkel wäre nämlich nicht die Webseite gezielt auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet, sondern der Verbraucher würde vielmehr seinerseits zielgerichtet die Webseite aufsuchen.

Bei realistischer Betrachtungsweise ist diese Argumentation jedoch nicht tragfähig. Es ist unmöglich zu leugnen, dass der Verbraucher auch dann, wenn er im Internet surft, letztlich am heimischen Computer an seinem Wohnsitz verbleibt. Mit der Nutzung des Internet für einen Einkauf bedient er sich lediglich eines besonderen Kommunikationsmediums, um entweder eine Warenpräsentation, die zu Werbezwecken erfolgt, zu studieren oder um einen elektronischen Vertrag zu schließen. Das Besuchen der Webseite stellt damit nichts anderes dar, als dass der Verbraucher das Kommunikationsmedium wählt und benutzt.²⁹⁵ Diesen Vorgang seitens des Verbrauchers setzt aber jede Form von Kommunikation zu kommerziellen Zwecken voraus.²⁹⁶ Abgesehen von der Wahl und Aktivierung des Mediums „Internet“ bleibt der Verbraucher jedoch geographisch betrachtet an seinem Wohnsitz; ein Ortswechsel an einen Ort im Ausland erfolgt nicht.²⁹⁷ Ohnehin fragt man sich, was man sich unter einem „virtuellen Ausland“ vorzustellen hat. Das Surfen im Internet mit einer Reise ins Ausland gleichzusetzen, geht daher an der Wirklichkeit vorbei.²⁹⁸

²⁹⁴ Müller, in: Hoeren/Queck (Hrsg.), S. 259 (282).

²⁹⁵ Reich/Gambogi Carvalho, VuR 2001, 269 (271).

²⁹⁶ Mankowski, MMR 2000, Beilage zu Heft 7, 22 (24); Reich/Gambogi Carvalho, VuR 2001, 269 (271).

²⁹⁷ Darauf weist auch Mankowski hin: RabelsZ 63 (1999), 203 (243).

²⁹⁸ Ebenso Buchner, EWS 2000, 147 (152).

Jene Sicht der Dinge wird im Übrigen der Konzeption des neuen Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO nicht gerecht, durch den die Unterscheidung zwischen einem aktiven und einem passiven Verbraucher aufgehoben worden ist.²⁹⁹ Dem Eingreifen der Vorschriften über den Verbrauchergerichtsstand steht seit Geltung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO grundsätzlich nicht mehr der Umstand entgegen, dass der Verbraucher sich für einen Vertragsabschluss ins Ausland begibt.³⁰⁰ Würde man allerdings die Zielrichtung einer Webseite mit der Begründung ablehnen, dass der Verbraucher sich zu ihrer Wahrnehmung ins „virtuelle Ausland“ begeben hat, würde man auf diese Weise letztlich doch wieder die Unterscheidung zwischen einem aktiven und einem passiven Verbraucher einführen.

Der Umstand, dass der Verbraucher aus eigenem Antrieb im Internet gesurft und dort auf die Anbieter-Webseite gestoßen ist, kann folglich keinen Anhaltspunkt für das Fehlen der Zielrichtung der Anbieter-Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers darstellen.³⁰¹

(bb) Ausrichtung ausschließlich auf den Sitzstaat des Unternehmens

Des Weiteren könnte man davon ausgehen, dass der Internet-Anbieter grundsätzlich nur in dem Staat zielgerichtet wirbt, in dem er seinen Sitz hat und von dem aus er seine Webseiten verfasst und kontrolliert.³⁰² Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass gerade jener Umstand das Internet auszeichnet, dass eine Webseite im WWW von jedem Staat der Welt aus abgerufen werden kann. Viele Warenanbieter nutzen daher die Möglichkeit eines Internet-Auftritts mittels einer Webseite im WWW gerade deswegen, weil sie auf diese Weise einen potentiellen Kundenkreis weltweit erreichen können. Insofern wird die Annahme, die Zielrichtung einer Webseite beschränke sich grundsätzlich auf den Staat, in dem der Anbieter selbst seinen Sitz hat, der Wirklichkeit nicht gerecht. Zwar streben viele kleine Warenanbieter tatsächlich nur danach, mittels einer Webseite potentielle Kunden in ihrem eigenen Sitzstaat auf sich aufmerksam zu machen, ohne dass sie gleichzeitig auch an einem weltweiten Internet-Auftritt Interesse haben. Dennoch kann kein Grundsatz dahingehend formuliert werden, dass dies der Regelfall ist.

²⁹⁹ Ähnlich *Reich/Gambogi Carvalho*, VuR 2001, 269 (272).

³⁰⁰ *Junker*, RIW 2002, 569 (574).

³⁰¹ Ebenso *Reich/Gambogi Carvalho*, VuR 2001, 269 (272).

³⁰² So überlegt von *Rießmann*, K&R 1998, 129 (133).

(cc) Ausrichtung auf den Staat des Server-Standorts

Ferner könnte man der Ansicht sein, dass eine Webseite grundsätzlich nur auf den Staat ausgerichtet wird, in dem sich der Host Server befindet, auf dem die Webseite des Anbieters für den ständigen Zugriff im WWW gespeichert ist. Jedoch steht der Ort des Servers völlig ohne Zusammenhang mit der Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit des Warenanbieters. Zwar ist zuzugeben, dass der Server-Standort für den Warenanbieter nicht ganz ohne Belang sein mag. So kann die Wahl des Staates, in dem sich der Server befindet, etwa unter steuerrechtlichen Aspekten von Bedeutung sein.³⁰³ Diese organisatorischen Überlegungen sind jedoch von der Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit des Warenanbieters auf den Kunden strikt zu trennen. Für die Frage, auf welchen Staat eine Webseite ausgerichtet wird, ist der Server-Standort ohne Belang. Er beeinflusst auch nicht die technische Möglichkeit, auf eine Webseite von jedem Staat der Welt aus zugreifen zu können. Insofern kann die Zielgerichtetheit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Anbieters nicht am Server-Standort festgemacht werden.³⁰⁴

(dd) Ausrichtung auf jeden Staat der Welt

Nach alledem ist festzuhalten, dass sich eine grundsätzliche Beschränkung der Zielrichtung einer Webseite unter Berücksichtigung des Sitzes des Anbieters oder des Server-Standorts verbietet. Angesichts der Globalität des Internets lässt sich insofern die Meinung vertreten, dass der Anbieter dadurch, dass er eine Webseite im weltumspannenden Internet platziert und somit de facto einen globalen Kundenkreis anspricht, mit seiner geschäftlichen Tätigkeit letztlich auf jeden Staat der Welt abzielt.³⁰⁵ Dies scheint auch die Rechtsauffassung des Verordnungsgebers zu sein. So wird im Erwägungsgrund 13 zum Vorschlag für die Verordnung ohne Einschränkungen erklärt, dass die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen mit Hilfe elektronischer Mittel, die in einem Mitgliedstaat zugänglich sind, eine auf diesen Staat ausgerichtete Tätigkeit darstelle.³⁰⁶

Fraglich ist allerdings, ob diese Auffassung der Rechtswirklichkeit gerecht wird. Viele Anbieter, insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen, wünschen gar keine weltweite Präsenz, sondern wollen eine Webseite lediglich zu dem Zweck nutzen, Kunden in ih-

³⁰³ Vgl. dazu ausführlich *Knies*, Ertragsbesteuerung der Internetprovider (2003).

³⁰⁴ Ebenso *Rißmann*, K&R 1998, 129 (133), dort Fn. 26.

³⁰⁵ So *Junker*, RIW 1999, 809 (811, 815); *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203 (235); *Reich/Nordhausen*, S. 102.

³⁰⁶ Erwägungsgrund 13 zum Verordnungsentwurf, ABl. EG Nr. C 376E vom 28.12.1999, S. 2. Zu finden unter europa.eu.int/eur-lex.de/archive/1999/ce37619991228de/html.

rem eigenen Staat anzusprechen.³⁰⁷ Gerade kleine Unternehmen hätten auch gar nicht die Kapazitäten, um Verträge mit Kunden aus aller Welt zu erfüllen. Eine Zielrichtung auf jeden Staat der Welt ist von vielen Unternehmen demnach gar nicht beabsichtigt. Wird dennoch die Ausrichtung der Webseite auf jeden Staat der Welt bejaht, so geschieht dies also unter Missachtung der Intention des jeweiligen Unternehmers. Diese Vorgehensweise ist zweifelhaft. Problematisch erscheint, dass man sich in solchen Fällen letztlich über den wirklichen Willen des Unternehmers hinwegsetzt.

Möglicherweise kann dies aber unter Hinweis darauf gerechtfertigt werden, dass ein Warenanbieter angesichts der Globalität des Internet zumindest damit rechnen muss, dass seine Webseite weltweit auf Resonanz stößt. Dieser Argumentation soll im Folgenden auf den Grund gegangen werden.

(aaa) Rechnenmüssen mit der weltweiten Abrufbarkeit einer Webseite

Jener Gedanke findet sich etwa in der deutschen Rechtsprechung zu § 32 ZPO. Zur Definition einer „Verbreitung“ iSd. § 32 ZPO bei Presseerzeugnissen und Fernsehsendungen hat der BGH die folgenden Überlegungen angestellt, die sich möglicherweise auch auf Internet-Sachverhalte übertragen lassen: Für die Reichweite einer „Verbreitung“ im Sinne der Vorschrift sei entscheidend, ob der Inhalt einer Zeitschrift dritten Personen bestimmungsgemäß, d.h. nicht bloß zufällig zur Kenntnis gebracht wird. Dabei komme es darauf an, ob der Adressat sich in dem Bereich aufhält, den der Verleger oder Herausgeber nach seinen Intentionen auch wirklich erreichen will oder in dem er zumindest mit einer Verbreitung rechnen muss.³⁰⁸ Unter Zugrundelegung dieser Argumentation wird etwa bei Fernsehsendungen als bestimmungsgemäße Verbreitung die Ausstrahlung im gesamten Sendegebiet angesehen, sofern sie mit Kenntnis von der technischen Reichweite erfolgte.³⁰⁹

Diese Kriterien für die Definition einer „Verbreitung“ iSd. § 32 ZPO lassen sich auch bei Internet-Sachverhalten heranziehen. Dann ergibt sich, dass ein Anbieter im Internet zwar nicht unbedingt die Intention haben mag, dass seine Webseite in jedem Staat der Welt aufgerufen wird. Er muss jedoch aufgrund der technischen Reichweite des Internet grundsätzlich damit rechnen, dass die Webseite in jedem Staat der Welt abgerufen wird. Dass einem Webseiten-Inhaber die Kenntnis von der globalen Reichweite des Internet fehlt, ist bei realistischer Betrachtungsweise nämlich nicht anzunehmen. Unter Zugrundelegung jener Kriterien, die die

³⁰⁷ Darauf weisen auch hin: *Spindler*, MMR 2000, 18 (22); *Wernicke/Hoppe*, MMR 2002, 643 (647).

³⁰⁸ BGH NJW 1977, 1590 (1590).

³⁰⁹ OLG München, OLGZ 87, 216 (217).

deutsche Rechtsprechung zu § 32 ZPO entwickelt hat, wäre ein zielgerichtetes Verbreiten also auch dann zu bejahen, wenn die Ausrichtung auf den betreffenden Staat zwar nicht beabsichtigt wurde, wenn aber mit der Verbreitung in diesem Staat zu rechnen war.

Es ist allerdings zu bezweifeln, dass diese Kriterien, die für das deutsche Zivilprozessrecht entwickelt wurden, auch zur Feststellung der „Ausrichtung“ einer geschäftlichen Tätigkeit iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO herangezogen werden können. Dagegen spricht zum einen unter formalen Gesichtspunkten, dass die deutsche Rechtsprechung zu § 32 ZPO, die eine Vorschrift nationalen Rechts darstellt, bei der Auslegung und Anwendung des europäischen Einheitsrechts gar nicht zur Anwendung gelangen kann. Zum anderen ist zu bedenken, dass sich die besagte Rechtsprechung auch inhaltlich nicht auf eine internationale Gerichtszuständigkeit bei Verbrauchersachen bezieht.

Allenfalls kann also der durch die deutschen Gerichte aufgezeigte Grundgedanke für die Bejahung des Merkmals der „Ausrichtung iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO herangezogen werden. Kritisch zu prüfen ist jedoch, ob dieser Grundgedanke, wonach auf das „Rechnen-müssen“ mit der Verbreitung abzustellen ist, im Rahmen des einheitlichen europäischen Rechts über die internationale Gerichtszuständigkeit überhaupt tragfähig ist. Es gilt zu untersuchen, inwieweit einem Warenanbieter im Internet das Risiko aufgebürdet werden kann, gem. Art. 15 Abs. 1 lit. c iVm. Art. 16 Abs. 1 Alt. 2 EuGVVO womöglich in allen Mitgliedstaaten gerichtspflichtig zu sein – lediglich aufgrund des Umstandes, dass er mit der weltweiten Abrufbarkeit seiner kommerziellen Webseite nun einmal rechnen musste. Diese Risikohäufung beim Warenanbieter ist auf ihre Vereinbarkeit sowohl mit dem Zweck des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO im Besonderen als auch mit der Zielsetzung der EuGVVO im Allgemeinen zu überprüfen.

(bbb) Vereinbarkeit der Risikoverteilung mit dem Zweck der Artt. 15 ff. EuGVVO

Die Vorschriften der Artt. 15-17 EuGVVO über die Zuständigkeit für Verbrauchersachen bezwecken den Schutz des Verbrauchers als der typischerweise schwächeren Vertragspartei. Seine Schutzbedürftigkeit besteht dabei zum einen in seiner Unbedarftheit und geschäftlichen Unerfahrenheit im Vergleich mit einem Unternehmer, für den der Abschluss der betreffenden Verträge zum alltäglichen Betätigungsfeld gehört.³¹⁰ Bei grenzüberschreitenden Verträgen kommt ferner hinzu, dass Verbraucher vielfach nicht in der Lage sind, einen Rechtsstreit gegen den Unternehmer am allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes gem. Art. 2 Abs. 1

³¹⁰ Wernicke/Hoppe, MMR 2002, 643 (647).

EuGVVO zu führen, weil der Wohnsitz des Unternehmers sich im Ausland befindet und das finanzielle Risiko demnach für Verbraucher häufig zu hoch ist.³¹¹ Vor diesem Hintergrund wird dem Verbraucher durch Art. 16 Abs. 1 EuGVVO ein besonderer Schutz gewährt, indem ihm das Wahlrecht eingeräumt wird, den Unternehmer entweder vor den Gerichten in dessen Wohnsitzstaat oder aber vor dem Gericht des Ortes verklagen zu können, an dem er seinen eigenen Wohnsitz hat. Das ist für den Verbraucher schon insofern von Vorteil, als er auf diese Weise nicht mit den erhöhten Rechtsverfolgungskosten belastet wird, die ein Rechtsstreit im Ausland mit sich bringt. Ganz abgesehen davon ist außerdem von Bedeutung, dass das angerufene Gericht anhand seines nationalen Kollisionsrechts über das auf den Sachverhalt anwendbare Recht entscheidet. Der Gerichtsstand ist also oftmals die grundlegende Weichenstellung für die Frage nach dem anwendbaren Recht, das letztlich über den Ausgang des Rechtsstreits entscheidet.³¹² Dabei tendieren die Gerichte dazu, das materielle Recht ihres eigenen Staates zur Anwendung zu bringen.³¹³ Unter praktischen Gesichtspunkten hat der Verbrauchergerichtsstand am Ort des Verbrauchers also den weiteren Vorteil, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit das materielle Recht, das in seinem Wohnsitzstaat gilt und ihm vertraut ist, zur Anwendung kommt.

Gem. Art. 16 Abs. 2 EuGVVO kann auch der Unternehmer nur am Wohnsitzstaat des Verbrauchers klagen. Das Risiko einer Gerichtspflichtigkeit im Ausland trägt im Anwendungsbereich der Artt. 15 ff. EuGVVO demnach ausschließlich der Unternehmer. Die Regelung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO gründet sich dabei auf die Überlegung, dass der Verbraucher vom Unternehmer durch dessen zielgerichtete Tätigkeit in seinem Wohnsitzstaat zum Vertragsschluss animiert wurde.³¹⁴ Der Unternehmer soll also aufgrund seiner gezielt auf den Verbraucherstaat ausgerichteten geschäftlichen Tätigkeit das Risiko tragen, dass er wegen Streitigkeiten, die aus dieser geschäftlichen Tätigkeit resultieren, in jenem Staat auch verklagt werden kann.³¹⁵

Grundsätzlich ist diese Risikoverteilung aufgrund der typischerweise unterlegenen Position eines Verbrauchers im Hinblick auf seine Verhandlungsposition im Geschäftsverkehr und seine finanziellen Möglichkeiten auf der einen Seite und aufgrund des zielgerichteten Tätigwerdens des Unternehmers im Verbraucherstaat auf der anderen Seite auch gerechtfertigt.³¹⁶ Wird jedoch bei Internet-Sachverhalten die Anwendbarkeit des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO

³¹¹ *Wernicke/Hoppe*, MMR 2002, 643 (647).

³¹² Vgl. die obigen Ausführungen im 1. Teil dieser Arbeit.

³¹³ Sogenanntes „Heimwärtsstreben der Gerichte“. Vgl. dazu *Junker*, IPR, Rn. 95.

³¹⁴ *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 15 EuGVVO Rn. 8.

³¹⁵ *Buchner*, EWS 2000, 147 (150).

³¹⁶ Ebenso *Buchner*, EWS 2000, 147 (150).

gerade nicht auf die willentliche Ausrichtung der Webseite durch den Unternehmer, sondern bloß auf das Rechnenmüssen mit der weltweiten Verbreitung gestützt, kann die Risikoverteilung nicht ohne weiteres als angemessen gelten. Die Besonderheit besteht darin, dass ein Unternehmer wegen der weltweiten Abrufbarkeit seiner Webseite dann in allen EU-Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Dänemarks³¹⁷) gerichtspflichtig wird. Ob auch eine derartige Risikohäufung auf Seiten des Unternehmers angemessen ist, erscheint fraglich.³¹⁸

Von einer strengen Auffassung in der Literatur wird insoweit vertreten, dass dieses gehäufte Gerichtsstandsrisiko dem Unternehmer durchaus zuzumuten ist. Da er sich auf der einen Seite die Vorteile des Internet zunutze mache, nämlich die Präsenz an jedem Ort der Welt mittels einer Webseite, müsse er auch die damit verbundenen Nachteile in Kauf nehmen.³¹⁹ Diese Ansicht sieht die Gefahr einer Gerichtspflichtigkeit in jedem Staat also vor dem Hintergrund als angemessen an, dass der Unternehmer im Gegenzug die Vorzüge einer weltweiten Präsenz genießt. Zu bezweifeln ist allerdings, dass diese Sicht der Dinge der Wirklichkeit gerecht wird. Oben wurde bereits erwähnt, dass viele kleine und mittlere Unternehmen gar nicht jene Vorzüge nutzen wollen, die die Globalität des Internet für andere Unternehmen haben mag. Insofern erscheint es fragwürdig, wenn diesen Unternehmen dennoch unter Hinweis auf Vorteile, die sie gar nicht in Anspruch nehmen, das Risiko einer ubiquitären Gerichtspflichtigkeit auferlegt wird.³²⁰ Zwar ist einzuräumen, dass auch die kleinen und mittleren Unternehmen vom Internet insoweit profitieren, als ihnen mit einer kommerziellen Webseite ein kostengünstiges und dennoch effektives Mittel zur Verfügung steht, potentielle Kunden anzusprechen.³²¹ Die Wirkung soll aber trotzdem nur in einem einzigen oder in einigen wenigen Staaten eintreten. Die abstrakte Aussage, wonach derjenige, der „die Vorzüge“ des Internet für seine geschäftliche Tätigkeit nutzt, auch den Nachteil einer womöglich weltweiten Gerichtspflichtigkeit auf sich nehmen muss, ist demnach zu pauschal und wird vielen Einzelfällen nicht gerecht.³²²

Des Weiteren ist an die Folgen zu denken, die eine derartige Rechtsanwendung mit sich bringen würde. Sollte Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO tatsächlich auch auf solche kommerziellen Webseiten angewendet werden, die nach dem Willen der Unternehmer gar nicht der welt-

³¹⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 3 EuGVVO.

³¹⁸ Das Problem erkennt auch die Kommission; vgl. Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348, S. 18.

³¹⁹ *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (239); *Reich/Gambogi Carvalho*, *VuR* 2001, 269 (272); *Thorn*, *IPRax* 1999, 1 (4f.); *Wernicke/Hoppe*, *MMR* 2002, 643 (648).

³²⁰ Ebenso *Spindler*, *MMR* 2000, 18 (22).

³²¹ Zu den besonderen Marketingvorteilen des Internet vgl. *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (236-239).

³²² Auch *Wernicke/Hoppe* differenzieren daher letztlich nach der Willensrichtung des Unternehmers; vgl. *Wernicke/Hoppe*, *MMR* 2002, 643 (648).

weiten Ansprache von Kunden dienen sollen, so könnte dies dazu führen, dass diese Unternehmen von einem Internet-Auftritt eher gänzlich absehen, als dass sie sich dem Risiko einer unüberschaubaren, womöglich weltweiten Gerichtspflichtigkeit aussetzen.³²³ Diese Entwicklung stünde aber den Zielen der EuGVVO im Allgemeinen und des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO im Besonderen klar entgegen. Die Verordnung über die internationale Gerichtsbarkeit soll ihrem Erwägungsgrund 2 zufolge einen Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes leisten. Die eben erwähnte Reaktion kleiner und mittlerer Unternehmen würde aber ganz im Gegenteil zu einer Hemmung des Binnenmarktes führen: Aufgrund der unkalkulierbaren Folgen für die Gerichtspflichtigkeit nach Artt. 15 ff. EuGVVO muss damit gerechnet werden, dass diese Unternehmen von jeder Betätigung im Internet Abstand nehmen. Das Resultat ist eine geschäftliche Tätigkeit, die sich innerhalb der nationalen Grenzen des Wohnsitzstaats des Unternehmers vollzieht. Ganz im Gegensatz zu dem mit der EuGVVO verfolgten Zweck würde auf diese Weise also eine Renationalisierung des bestehenden Handelsverkehrs herbeigeführt, die dem Binnenmarkt besonders abträglich ist.³²⁴

Auch der Zweck des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO im Speziellen würde mit einer derartigen Entwicklung verfehlt. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO wurde gegenüber Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ neu konzipiert, um den neuen Vermarktungstechniken, d.h. insbesondere der Verwendung aktiver Webseiten, Rechnung zu tragen.³²⁵ Dieses Ziel kann aber unmöglich erreicht werden, wenn eine Vielzahl von Unternehmen angesichts des Risikos einer Gerichtspflichtigkeit in allen Mitgliedstaaten gem. Artt. 15, 16 EuGVVO von dieser Vermarktungstechnik Abstand nimmt.

Sowohl der Zweck der Verordnung selbst als auch der Zweck des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO wird also verfehlt, wenn man unter Hinweis auf das bloße Rechnenmüssen mit der weltweiten Verbreitung einer Webseite eine gezielte Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit auf jeden Staat der Welt bejaht. Denn damit würde eine Gerichtspflichtigkeit in allen Mitgliedstaaten gem. Art. 15 Abs. 1 lit. c iVm Art. 16 Abs. 1 EuGVVO begründet, die insbesondere für all diejenigen Unternehmen ein untragbares Risiko darstellt, die gar nicht den Willen haben, geschäftliche Tätigkeiten überall auf der Welt zu entfalten. Vor diesem Hintergrund kann die Annahme, dass eine Webseite auf jeden Staat der Welt ausgerichtet ist, im Ergebnis zu einer Abkehr von elektronischen Vermarktungstechniken im WWW und damit auch zu einer Abkehr vom grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr im Binnenmarkt führen. Dies ent-

³²³ Diese Gefahr sehen auch *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1004); *Boele-Woelki*, *BerD-GesVöR* 39 (2000), 307 (333); *Moritz*, *CR* 2000, 61 (71).

³²⁴ Ebenso *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1004); *Spindler*, in: *Hohloch* (Hrsg.), S. 9 (27).

³²⁵ *Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM* (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 17f..

spricht weder der Zielsetzung der EuGVVO noch dem Zweck des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO.

(ccc) Ergebnis

Die Auffassung, wonach die Verwendung einer kommerziellen Webseite aufgrund der Ubiquität des Internet gleichbedeutend mit einer Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit auf jeden Staat der Welt ist, kann nicht überzeugen. In vielen Fällen, insbesondere bei Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen, entspricht eine weltweite Präsenz nicht dem Willen des Unternehmers. Ihm dennoch aufgrund des Umstandes, dass er bei Verwendung einer kommerziellen Webseite mit einer weltweiten Verbreitung ihres Inhalt rechnen musste, eine Zielgerichtetheit seiner Webseite auf jeden Staat der Welt zu unterstellen, kann den Zielen der EuGVVO im Allgemeinen und des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO im Besonderen zuwiderlaufen. Diese Art der Rechtsanwendung kann es nämlich mit sich bringen, dass ein Unternehmer aufgrund des erhöhten Risikos einer Gerichtspflichtigkeit in allen Mitgliedstaaten gem. Art. 15 Abs. 1 lit. c iVm. Art. 16 Abs. 1 EuGVVO von einem Internet-Auftritt lieber ganz absieht. Damit werden aber weder der Binnenmarkt noch die Verwendung elektronischer Vermarktungstechniken gefördert.

Nach alledem kann die „Ausrichtung“ einer geschäftlichen Tätigkeit richtigerweise nur unter Beachtung der Willensrichtung des Unternehmers beurteilt werden.³²⁶ Der Wille des Unternehmers über die Reichweite seiner Webseite kann jedoch zugegebenermaßen nur Berücksichtigung finden, sofern die gezielte Beschränkung der geschäftlichen Tätigkeit auf ganz bestimmte Staaten auch nach außen erkennbar ist; die Beachtung der rein subjektiven Absicht des Anbieters würde eine zu große Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Ausrichtung der Webseite schaffen.³²⁷ Die Erkennbarkeit der Beschränkung einer Webseite auf bestimmte Staaten bereitet jedoch neue Probleme, die im Folgenden dargestellt werden sollen.

(ee) Erkennbare Beschränkung der Webseite auf bestimmte Staaten

Die Absicht des Anbieters über die Ausrichtung seiner Webseite muss für Außenstehende erkennbar sein. Dabei ist in erster Linie daran zu denken, dass sie sich anhand inhaltlicher Kriterien auf der Webseite selbst manifestiert. Zu klären ist demnach, welche Kriterien heran-

³²⁶ Im Ergebnis auch *Wernicke/Hoppe*, MMR 2002, 643 (646).

³²⁷ *Rießmann*, K&R 1998, 129 (134).

gezogen werden können, um eine verlässliche Aussage über die Zielrichtung einer Webseite auf einzelne Staaten zu treffen.

(aaa) Grundlegende Unterscheidung zwischen einer aktiven und einer passiven

Webseite

Denkbar ist zunächst eine grundlegende Unterscheidung danach, ob es sich um eine aktive oder um eine passive Webseite handelt. Eine aktive Webseite ist eine Webseite, die eine interaktive Kommunikation zwischen Anbieter und Nutzer ermöglicht. Es besteht eine Möglichkeit des direkten Vertragsschlusses, indem der Kunde ein auf der Webseite befindliches Bestellformular ausfüllt und online an den Anbieter übermittelt.³²⁸ Eine passive Webseite liegt hingegen vor, wenn sich auf der Seite lediglich Informationen zum Abruf befinden, ohne dass dem Nutzer jedoch die Möglichkeit eines elektronischen Vertragsabschlusses eröffnet wird.³²⁹ Zu denken ist insoweit an Webseiten, die ausschließlich der Werbung dienen.

Jenen Ansatz, wonach die Ausrichtung einer geschäftlichen Tätigkeit durch Verwendung einer aktiven bzw. einer passiven Webseite erfolgt, hat die amerikanische Rechtsprechung geprägt.³³⁰ Im amerikanischen Zuständigkeitsrecht wird diese Unterscheidung bei Prüfung der Frage vorgenommen, ob die Voraussetzung des „purposeful availment“ erfüllt ist. Die Voraussetzung des „purposeful availment“ besagt, dass eine Gerichtspflichtigkeit immer nur dann besteht, wenn die geschäftlichen Kontakte des Beklagten zum Forumstaat nicht bloß zufällig oder unbeabsichtigt, sondern gezielt auf diesen Staat ausgerichtet sind.³³¹ Das wird von den amerikanischen Gerichten im Hinblick auf Internet-Auftritte in der Regel nur dann bejaht, wenn eine aktive Webseite betrieben wird: Werden Geschäfte über das Internet selbst getätigt und somit die geschäftliche Tätigkeit tatsächlich auf den betreffenden Staat ausgeweitet, so soll dies eine Gerichtspflichtigkeit begründen.³³² Wird hingegen nur eine passive Webseite verwendet, wird die Gerichtspflichtigkeit überwiegend verneint.³³³ Zur Begründung wird dann darauf verwiesen, dass es an einer gezielten Ausrichtung der unternehmerischen Tätig-

³²⁸ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 15 Rn. 23.

³²⁹ *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1004); *Hausmann*, EuLF 2000/01, 40 (45); *Regaldo*, EuLF 2000/01, 112 (114).

³³⁰ Vgl. zur US-Rechtsprechung hinsichtlich der Zuständigkeit im Online-Bereich die ausführlichen Darstellungen bei *Elsing/McDonald*, K&R 1999, 167 ff.; *Kuner*, CR 1996, 453 (454f.); *Rau*, RIW 2000, 761 (766 ff.).

³³¹ *Worldwide Volkswagen Corp. v Woodson*, 444 U.S. 286 (297) [1980]; *Burger King Corp. v Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (475) [1985].

³³² *Compuserve, Inc. v Patterson*, 89 F. 3d 1257 (6th Cir. 1996); *Playboy Enterprises, Inc. v Chuckleberry Publishing, Inc.*, 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996); *Digital Equipment Corp. v Altavista Technology, Inc.*, 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997).

³³³ *Bensusan Restaurant Corp. v King*, 937 F. Supp. 295 (301) (S.D.N.Y. 1996).

keit auf einen anderen Staat mit der Absicht, von den Vorteilen einer dortigen Geschäftstätigkeit zu profitieren, fehle.³³⁴

Diese Unterscheidung zwischen einer passiven und einer aktiven Webseite scheint in Bezug auf die „Ausrichtung“ iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO auch die Kommission vor Augen gehabt zu haben: In der Begründung zum Verordnungsvorschlag erklärt sie, dass Verbraucherverträge, die mittels einer aktiven Webseite geschlossen wurden, die im Wohnsitzstaat des Verbrauchers zugänglich ist, unter Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO fallen sollen.³³⁵ Die bloße Kenntnisnahme einer passiven Webseite durch den Verbraucher soll die Zuständigkeitsregeln hingegen nicht zur Anwendung bringen.³³⁶ Allerdings stellt die Kommission an anderer Stelle klar, dass die EuGVVO einen gänzlich anderen Ansatz verfolge als das amerikanische Zuständigkeitsrecht.³³⁷ Insofern ist anzunehmen, dass die Kommission die Unterscheidung zwischen einer aktiven und einer passiven Webseite nicht bei der Frage nach der Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO für relevant hält, sondern erst bei der Frage danach, ob der Vertrag in den Bereich der geschäftlichen Tätigkeit fällt. Darauf wird im weiteren Verlauf noch einzugehen sein.³³⁸

In der Tat fragt sich, ob diese Unterscheidung, die das amerikanische Zuständigkeitsrecht prägt, zuverlässige Ergebnisse über die „Ausrichtung“ einer Webseite iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO liefern kann. Bedenken bestehen aus zweierlei Gründen.

Zum einen ist nicht ersichtlich, wieso eine Webseite nur dann auf einen Staat ausgerichtet sein kann, wenn sie dem Verbraucher die Möglichkeit eines elektronischen Vertragsschlusses eröffnet.³³⁹ Oben wurde bereits festgestellt, dass die Verwendung einer kommerziellen Webseite unabhängig davon, ob es sich um eine aktive oder um eine passive Webseite handelt, eine geschäftliche Tätigkeit darstellt. Dann leuchtet es aber nicht ein, wenn an späterer Stelle behauptet wird, dass nur eine aktive Webseite überhaupt eine Zielrichtung auf einen bestimmten Staat aufweisen kann. Die Verwendung einer passiven Webseite wäre dann in der Weiterentwicklung dieses Gedankens gleichsam nur ein zielloses geschäftliches Tätigwerden. Diese Einschätzung entspricht aber nicht der Wirklichkeit. Auch eine passive Webseite eines Warenanbieters dient regelmäßig dazu, in ganz bestimmten Staaten potentielle Kunden durch

³³⁴ *Cybersell, Inc. v Cybersell, Inc.*, 130 F. 3d 414 (9th Cir. 1997); *Weber v Jolly Hotels*, F. Supp. 327 (D.N.J. 1997).

³³⁵ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 17.

³³⁶ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 17f..

³³⁷ Begr. der Kommission zum geänderten Verordnungsvorschlag, KOM (2000) 689 vom 26.10.2000, S. 6.

³³⁸ Vgl. unten Abschnitt B VI 3b im 1. Teil dieser Arbeit.

³³⁹ Ähnlich der District Court for the Eastern District of Missouri, Eastern Division: vgl. das Urteil *Maritz, Inc. v CyberGold, Inc.*, 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996).

Werbung anzusprechen. Auch sie wird also inhaltlich so konzipiert, dass sie für einen bestimmten Kundenkreis möglichst ansprechend wirkt. Demnach wird sie auf diesen Kundenkreis willentlich „ausgerichtet“. Dazu gehört auch die geographische Beschränkung auf Kunden in einem ganz bestimmten Staat. Die Beurteilung, dass eine passive Webseite keine Ausrichtung auf einen Staat haben kann, erscheint demnach lebensfremd.

Zum anderen ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten.³⁴⁰ So ist etwa in der Konstellation, dass zwar eine aktive Webseite vorliegt, der Verbraucher den Vertrag aber trotzdem nicht elektronisch, sondern auf einem anderen Wege im Fernabsatz abschließt, unklar, welche Schlussfolgerung daraus zu ziehen ist: Zum einen ist denkbar, unter dem rein technischen Aspekt, dass es sich nun einmal um eine aktive Webseite handelt, von einer Ausrichtung auf den Verbraucherstaat auszugehen. Zum anderen kann die Webseite in dem besagten Fall, dass der Verbraucher diese Möglichkeit der elektronischen Interaktion mit dem Warenanbieter gerade nicht genutzt hat, sondern sich der Webseite lediglich zu Informationszwecken bedient hat, auch einer passiven Webseite gleichgestellt werden. Dann müsste die Ausrichtung auf den Verbraucherstaat aber konsequenterweise abgelehnt werden.

Angesichts dieser Schwierigkeiten bei der Rechtsfindung erscheint eine Beurteilung der Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit anhand des Kriteriums der Interaktivität einer Webseite als zu starr. Weder erlaubt diese Unterscheidung nach aktiver bzw. passiver Webseite eine klare Abgrenzung in allen Fällen, noch wird sie der Wirklichkeit gerecht. Eine verlässliche Aussage über die Ausrichtung der Webseite lässt sich somit gar nicht treffen. Nach alledem kann der Ansatz aus der amerikanischen Rechtsprechungspraxis nicht überzeugen. Für eine Heranziehung im Rahmen des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO ist er damit ungeeignet.³⁴¹

Im Übrigen fußt das Kriterium der Interaktivität letztlich bloß auf dem Grundgedanken, dass in Anbetracht eines tatsächlich auf elektronischem Wege zustande gekommenen Vertrages eine willentliche Ausrichtung auf den betreffenden Wohnsitzstaat des Verbrauchers ganz offensichtlich bestanden haben muss, da andernfalls der Vertragsabschluss seitens des Unternehmers unterblieben wäre. Diese Argumentation wird auch in der deutschen Literatur vorgebracht. Auf diese Literaturmeinung soll daher im Folgenden näher eingegangen werden.

³⁴⁰ Vgl. *Inset Systems, Inc. v Instruction Set, Inc.*, 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996); *Heroes, Inc. v Heroes Foundation*, 958 F. Supp. 1 (D.D.C. 1996).

³⁴¹ Ebenso *Buchner*, EWS 2000, 147 (151); *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (331).

(bbb) Tatsächlicher Vertragsschluss mit einem Verbraucher in diesem Staat

Nach jener Auffassung in der deutschen Literatur ist eine eindeutige Aussage über die Zielrichtung einer Webseite dann möglich, wenn ein Anbieter tatsächlich mit einem Verbraucher aus einem bestimmten Staat einen Vertrag abgeschlossen hat. In diesem Fall muss er sich an seinem Verhalten festhalten lassen, welches angesichts des Vertragsschlusses deutlich gezeigt hat, dass die Ansprache der Verbraucher in dem betreffenden Staat ganz offensichtlich mit seinem Willen im Einklang stand und damit zielgerichtet erfolgte.³⁴² Dies leuchtet ein. Hätte der Anbieter nämlich mit seiner Webseite nicht auf den betreffenden Staat abgezielt, hätte er den Vertragsabschluss mit einem Verbraucher aus jenem Staat konsequenterweise ablehnen müssen. Dieser Literaturmeinung entspricht auch die Rechtsauffassung des Verordnungsgebers. Ein tatsächlich zustande gekommener Vertrag stellt auch nach Ansicht der Kommission ein Indiz für die Ausrichtung auf den betreffenden Staat dar³⁴³: „Das Bestehen eines solchen Vertrages dürfte schon an sich ein deutlicher Hinweis darauf sein, dass der Händler seine Geschäftstätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet hat.“³⁴⁴

Allerdings kann diese Argumentation nur dann überzeugen, wenn es dem Anbieter in rechtlicher wie auch in technischer Hinsicht überhaupt möglich ist, einen Vertragsschluss abzulehnen. Unter rechtlichen Aspekten bestehen gegen die Ablehnung eines Vertragsschlusses jedoch regelmäßig keine Bedenken. In den meisten Rechtsordnungen wird eine Warenpräsentation und sonstige Werbung als eine „*invitatio ad offerendum*“ angesehen.³⁴⁵ Dies gilt auch dann, wenn es sich um eine Warenpräsentation bzw. Werbung auf einer Webseite handelt.³⁴⁶ Demnach geht das Angebot auf Abschluss des Vertrages nicht schon vom Warenanbieter, sondern erst vom Kunden aus, indem er das Bestellformular an den Warenanbieter übermittelt.³⁴⁷ Dem Warenanbieter bleibt es demnach unbenommen, das Angebot eines Kunden, dessen Wohnsitz sich – nach der Liefer- und Rechnungsadresse zu urteilen – nicht in einem vom Anbieter anvisierten Staat befindet, abzulehnen.

Es fragt sich allerdings, ob dem Anbieter auch die technischen Möglichkeiten gegeben sind, einen Vertragsschluss abzulehnen. Ist dies nicht der Fall, so kann der Umstand, dass tat-

³⁴² Rüßmann, K&R 1998, 129 (134).

³⁴³ Ebenso Wernicke/Hoppe, MMR 2002, 643 (646).

³⁴⁴ Begr. der Kommission zum geänderten Verordnungsvorschlag, KOM (2000) 689 vom 26.10.2000, S. 6.

³⁴⁵ Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203 (248). Vgl. auch Art. 13 Abs. 2 des Vorentwurfs für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch, ZEuP 2002, S. 139 (142); zum Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches siehe etwa Gandolfi, ZEuP 2002, 1 ff.; Grundmann, NJW 2002, 393 ff.; Leible, EWS 2001, 471 ff.

³⁴⁶ Vgl. etwa zum englischen Recht: Gringras, S. 15; Murray, in: Edwards/Waelde (Hrsg.), S. 17 (22); Reed, S. 176. Zu den Umständen des Vertragsschlusses nach deutschem Recht vgl. unten Abschnitt C II 1a aa im 2. Teil dieser Arbeit.

³⁴⁷ Reich/Gambogi Carvalho, VuR 2001, 3269 (273).

sächlich ein Vertrag geschlossen wurde, gar nicht als bewusste Willensbetätigung des Anbieters aufgefasst werden, an der er sich später festhalten lassen muss. Dabei sind im vorliegenden Kontext aber nicht etwa Zugangsbeschränkungen durch Filterprogramme gemeint, die den Verbrauchern aus bestimmten Staaten von vornherein den Zugriff auf die Webseite verweigern.³⁴⁸ Zu denken ist vielmehr an den Fall, dass der Vertragsschluss auf Seiten des Warenanbieters automatisch mittels eines Computerprogramms erfolgt. In dieser Situation hat der Anbieter gar keine bewusste und individuelle Entscheidung über den Vertragsabschluss getroffen. Somit ist zweifelhaft, ob der Anbieter überhaupt einen Willen über die Ausrichtung seiner Webseite auf den betreffenden Staat gebildet hat.³⁴⁹ Zwar hat er einen Vertrag mit einem Verbraucher in jenem Staat abgeschlossen. Dies erfolgte jedoch unter Verwendung eines Computerprogramms, ohne dass sich der Anbieter selbst ein Bild über den Wohnsitzstaat dieses konkreten Kunden gemacht hat.

Letztlich kann dies jedoch keinen Unterschied für die Beurteilung der Ausrichtung einer Webseite machen. Die Entscheidung, Computerprogramme für den Vertragsschluss einzusetzen und sich die individuelle Prüfung der Kundendaten auf dem Bestellformular auf diese Weise zu ersparen, fällt eindeutig in die Sphäre des Anbieters. Insofern muss er sich an den getätigten Vertragsabschlüssen auch dann festhalten lassen, wenn diese automatisch zustande gekommen sind. Sofern der Anbieter Verträge mit Verbrauchern in bestimmten Staaten abwehren möchte, muss er sein Computerprogramm eben so programmieren, dass anhand der Liefer- oder Rechnungsadresse des Kunden automatisch registriert wird, wo der Vertragspartner seinen Wohnsitz hat.³⁵⁰ Benennt der Kunde dabei einen Staat, in dem der Warenanbieter gar keine geschäftliche Tätigkeit entwickeln möchte, so wird der Vertragsabschluss automatisch verweigert. Kommt der Vertrag hingegen zustande, ist der Warenanbieter an sein Verhalten gebunden. Ein Grund dafür, zwischen automatisierten und individuellen Vertragsabschlüssen zu differenzieren, ist mithin nicht ersichtlich.

Die Regel, dass eine Webseite immer dann die Zielrichtung auf einen bestimmten Staat aufweist, wenn der Anbieter tatsächlich mit einem Verbraucher in dem betreffenden Staat einen Vertrag abgeschlossen hat, kann daher ohne Einschränkung gelten.

Tatsächlich erfolgte Vertragsabschlüsse mit Verbrauchern in einem bestimmten Staat stellen also ein Kriterium dar, das zur Bestimmung der Zielrichtung einer kommerziellen Webseite durchaus herangezogen werden kann. Das Verhalten des Warenanbieters hat Indizwirkung.

³⁴⁸ Vgl. dazu *Spindler*, MMR 2000, 18 (21).

³⁴⁹ Offengelassen von *Rießmann*, K&R 1998, 129 (134).

³⁵⁰ Ähnlich *Reich/Gambogi Carvalho*, VuR 2001, 269 (273).

(ccc) Top Level Domain

Des Weiteren ist darauf zu achten, ob die Top Level Domain, welche Bestandteil der Internet-Adresse der Webseite ist, eine Länderkennung enthält.³⁵¹ So lässt etwa eine Internet-Adresse mit der Endung „.de“ darauf schließen, dass ein Angebot auf Deutschland ausgerichtet ist.³⁵² Zwingend ist dieser Schluss allerdings nicht.

Zum einen dient die Internet-Adresse lediglich der Bezeichnung des Servers, auf dem die Webseite gespeichert ist.³⁵³ Die Wahl des Servers steht jedoch völlig außer Zusammenhang mit dem Inhalt einer Webseite. Die Ausrichtung einer kommerziellen Webseite kann somit nicht zweifelsfrei anhand des Rechnernamens abgelesen werden. Zum anderen kann selbst eine Webseite, die die Länderkennung „.de“ enthält und auch tatsächlich auf Deutschland ausgerichtet ist, darüber hinaus auf weitere Staaten abzielen, ohne dass für jeden Staat eine gesonderte Webseite mit dem jeweiligen Länderkürzel geschaffen wird. Demnach kann die Verwendung einer Länderkennung allenfalls Auskunft geben über die Ausrichtung zu einem einzelnen Staat. Die Frage, ob sich die Webseite darüber hinaus noch an weitere Staaten richtet, kann sie hingegen nicht beantworten. Die Länderkennung hat demnach nur eine eingeschränkte Aussagekraft für die Ausrichtung einer Webseite.³⁵⁴

Schließlich versagt das Kriterium der Länderkennung ganz, sofern für die Bezeichnung des Rechners nicht eine nationale, sondern eine funktionale Top Level Domain verwendet wird. Hinlänglich bekannt ist etwa die Endung „.com“. Daneben werden aber auch weitere Kennungen ohne Länderbezug für kommerzielle Zwecke verwendet, im geschäftlichen Verkehr insbesondere die Endung „.biz“, welche zusammen mit sechs anderen funktionalen Top Level Domains durch die „International Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)“ im Jahre 2000 eingeführt wurde.

(ddd) Sprache der Webseite

Rückschlüsse auf die Ausrichtung der Webseite lassen sich jedoch aus der Gestaltung der Webseite selbst ziehen. Zunächst bietet sich hier die Sprache an, in der die Webseite verfasst ist.³⁵⁵ Sie kann zweifelsohne Aufschluss geben über den vom Anbieter intendierten Adressa-

³⁵¹ *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (386); *Pfeiffer*, NJW 1997, 1207 (1214).

³⁵² *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (386).

³⁵³ *Borges*, ZIP 1999, 565 (570), dort Fn. 56.

³⁵⁴ Ebenso *Borges*, ZIP 1999, 565 (570).

³⁵⁵ *Borges*, ZIP 1999, 565 (570); *Buchner*, EWS 2000, 147 (153); *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (386); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (245); *Pichler*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Teil 31 Rn. 183;

tenkreis seiner Webseite. Eine kommerzielle Webseite, die in Tschechisch verfasst ist, wird man etwa als zielgerichtete Geschäftstätigkeit nur auf Tschechien ansehen dürfen, da in anderen Staaten die Angaben auf der Webseite aufgrund der Sprachprobleme gar nicht verstanden werden.

Bei anderen Sprachen jedoch versagt dieser Ansatz: Einige Sprachen werden von vielen Menschen zumindest als Fremdsprachen beherrscht, so dass eine Webseite in einer der gängigen Weltsprachen, vor allem Englisch, aber auch Spanisch oder Französisch, nicht zwingend nur an Muttersprachler in den entsprechenden Staaten gerichtet sein muss.³⁵⁶ Dies gilt insbesondere für Webseiten in Englisch, welches die internationale Verständigungssprache im Internet darstellt.³⁵⁷ Bei realistischer Betrachtungsweise ist einzuräumen, dass gerade eine Webseite in Englisch vielfach nicht etwa nur auf Briten, Australier oder US-Amerikaner ausgerichtet ist, sondern einen internationalen Adressatenkreis ansprechen soll. Somit kann das Kriterium der Sprache nicht in allen Fällen Aussagekraft besitzen, sondern erlangt nur in solchen Einzelfällen Bedeutung, in denen die Webseite in einer Sprache abgefasst ist, die keine Weltsprache ist, sondern tatsächlich eine Ausrichtung auf einen einzelnen Staat oder auf einige wenige Staaten dokumentiert.

Selbst in einem vermeintlich eindeutigen Fall kommt aber als Problem hinzu, dass es immer auch Muttersprachler gibt, die ihren Wohnsitz in einem anderssprachigen ausländischen Staat haben, so dass sich in Bezug auf diese Personen erneut die Frage stellt, ob die kommerzielle Webseite nach dem Willen des Unternehmers auch für sie in den jeweiligen anderssprachigen Ländern bestimmt ist. Dafür spricht, dass ein Verbraucher sich auch dann, wenn er seinen Wohnsitz in einem anderssprachigen Land hat, von Webseiten in seiner Muttersprache angesprochen fühlt. Er wird kaum das Selbstverständnis haben, außerhalb des Personenkreises zu stehen, der zielgerichtet in der Muttersprache angesprochen wird. Auf der anderen Seite ist aber zu bezweifeln, dass ein Warenanbieter, der seine Webseite etwa auf Tschechisch verfasst, tatsächlich auch alle Muttersprachler mit Wohnsitz in allen möglichen Staaten der Welt ansprechen will. Das würde nämlich dazu führen, dass er im Endeffekt doch mit einer weltweiten Verbreitung seiner Webseite rechnen müsste, obwohl er gerade keine Weltsprache verwendet hat, sondern eine Sprache gewählt hat, die nachweislich nur in wenigen Staaten

Reich/Gambogi Carvalho, VuR 2001, 269 (273); *Rießmann*, K&R 1998, 129 (134); *Wernicke/Hoppe*, MMR 2002, 643 (646).

³⁵⁶ *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (245); *Pichler*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 183; *Rießmann*, K&R 1998, 129 (134); *Spindler*, MMR 2000, 18 (20).

³⁵⁷ *Borges*, ZIP 1999, 565 (570); *Mankowski*, *Rabels Z* 63 (1999), 203 (246); *Rießmann*, K&R 1998, 129 (134). Vgl. aus der deutschen Rechtsprechung auch OLG Frankfurt, CR 1999, 450 (450), allerdings nicht zu Fragen der internationalen Zuständigkeit.

gesprochen wird.³⁵⁸ Ob eine Zielrichtung der Webseite auch auf alle Muttersprachler im Ausland gewollt ist, erscheint also äußerst fraglich.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass nur eine Sprache, die erkennbar nur in einigen wenigen Staaten der Welt als Amtssprache gesprochen wird, darauf schließen lässt, dass die Webseite auch tatsächlich nur auf diese Staaten ausgerichtet ist. Wird allerdings eine Weltsprache verwendet, versagt dieses Kriterium.

(eee) Währung

Ein weiteres mögliches Kriterium ist die Währung, in der die Produkte auf der Webseite zum Kauf angeboten werden, sowie die genannten Zahlungsmodalitäten für den Kaufpreis.³⁵⁹ Sofern auf einer Webseite etwa alle Produkte in „GBP“ ausgezeichnet sind, könnte dem eine Beschränkung des Angebots auf Großbritannien zu entnehmen sein. Dies ist zumindest dann wahrscheinlich, wenn die Zahlung per Nachnahme zu erfolgen hat, da regelmäßig nur Inländer auf die Währung zugreifen können und auch nur die heimische Post die Zahlung in dieser Währung per Nachnahme annimmt. Allerdings hat die Einführung des Euro eine Beschränkung der Webseite auf einzelne Staaten innerhalb der EU weitgehend³⁶⁰ unmöglich gemacht.

Eine Beschränkung auf einen einzelnen Staat könnte ferner auch dann vorliegen, wenn als Bankverbindung für eine Zahlung per Überweisung ein britisches Konto bei einer in Großbritannien gelegenen Bank angegeben ist. Jedoch hat auch ein Kunde im Ausland, sofern er die Gebühren und die längere Dauer des Geldtransfers nicht scheut, regelmäßig keine Schwierigkeiten, eine Überweisung auf ein britisches Konto bei einer britischen Bank vorzunehmen. Auch die Aussagekraft einer Bankverbindung für die Ausrichtung der Webseite ist demnach fragwürdig.

Sie fehlt schließlich ganz, wenn eine Zahlungsmöglichkeit mittels Kreditkarte besteht. Ein Kreditkartenbesitzer kann durch das bloße Eingeben seiner Kreditkarten-Daten (in der Regel das Kreditkartenunternehmen, die Kartenummer und die Gültigkeitsdauer) in jeder geforderten Währung weltweit bezahlen. Sofern also eine Kaufpreiszahlung per Kreditkarte ermöglicht wird, lassen sich über eine gezielte Ausrichtung der Webseite auf bestimmte Staaten gar keine Angaben mehr machen.

³⁵⁸ Ebenso *Rißmann*, K&R 1998, 129 (134). Offengelassen von *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (245); *Spindler*, *MMR* 2000, 18 (20).

³⁵⁹ *Borges*, *ZIP* 1999, 565 (570); *Buchner*, *EWS* 2000, 147 (153); *Hoeren/Oberscheidt*, *VuR* 1999, 371 (386); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (247f.); *Spindler*, *MMR* 2000, 18 (20); *Wernicke/Hoppe*, *MMR* 2002, 643 (646).

³⁶⁰ Mit Ausnahme von Dänemark, Großbritannien und Schweden.

Zu guter Letzt ist daran zu denken, dass im Internet eine Zahlung auch mit Kartengeld (Mondex) oder elektronischem Geld (Cybermoney, Digicash) erfolgen kann, so dass der Währung oder der Zahlungsmodalität jeglicher nationale Bezug fehlt.³⁶¹

All diese Überlegungen zeigen, dass die auf einer Webseite genannte Währung und die Zahlungsmodalitäten kein verlässliches Kriterium darstellen, um die Ausrichtung einer kommerziellen Webseite zu beurteilen.

(fff) Charakter der beworbenen Leistung

Schließlich kann der Charakter der auf der Webseite beworbenen Leistung herangezogen werden.³⁶² Entscheidend ist, ob es sich um eine Sache oder Dienstleistung handelt, die auf der ganzen Welt in Anspruch genommen werden kann, oder ob der angebotene Gegenstand aufgrund seiner Eigenschaften auf Personen beschränkt ist, die sich im Inland befinden, so dass das Angebot zwingend nur an Personen im Inland gerichtet sein kann. Im letzteren Fall könnte man annehmen, dass die Ausrichtung der Webseite auf den betreffenden Staat beschränkt ist. Fraglich ist aber, ob dieser Ansatz einer lebensnahen Betrachtung standhält. Selbst dann, wenn der Leistungsgegenstand bestimmungsgemäß nur innerhalb eines ganz bestimmten Staates verwendet oder in Anspruch genommen werden kann, bedeutet dies nicht, dass auch die erforderliche Willenserklärung für den Erwerb desselben zwingend nur an einem Ort innerhalb dieses Staates abgegeben werden kann. Diese Überlegung soll an einem Beispiel veranschaulicht werden.

Zu denken ist etwa an eine portugiesische Webseite, auf der Fahrkarten für Bahnfahrten innerhalb Portugals zu buchen sind.³⁶³ Nach *Rüßmann* kann dieses Angebot nur an Personen gerichtet sein, die sich in Portugal befinden, da nur sie in der Lage sind, eine Reise innerhalb Portugals anzutreten.³⁶⁴ Diese Argumentation ist kritisch zu hinterfragen. Zu bedenken ist, dass das Angebot einer Online-Buchung sich gerade an Menschen im Ausland richten kann, da diese am ehesten ein Interesse daran haben, den Vorverkauf über das Internet nutzen. Nur sie haben nämlich – anders als Personen direkt in Portugal – nicht die Möglichkeit, die Fahrkarte im Vorverkauf an einem Bahnhofsschalter in Portugal selbst zu erwerben. Insofern ist die Möglichkeit, trotz der Distanz das Geschäft via Internet abzuschließen, gerade für Perso-

³⁶¹ Vgl. dazu *Furche/Wrightson*, Computer Money (1997); *Hoeren*, Grundzüge des Internetrechts, § 7 VII; *Loock-Wagner*, S. 64-66; *Schulz*, Digitales Geld (2000); *Stolpmann*, Elektronisches Geld im Internet (1997); *Werner*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Teil 13.5.

³⁶² *Buchner*, EWS 2000, 147 (153); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (246f.); *Rüßmann*, *K&R* 1998, 129 (134).

³⁶³ Beispiel nach *Rüßmann*, *K&R* 1998, 129 (134).

³⁶⁴ *Rüßmann*, *K&R* 1998, 129 (134).

nen außerhalb Portugals von besonderem Interesse. Die Schlussfolgerung, eine solche Webseite ziele nur auf Portugal, ist demnach keinesfalls zwingend. Zwar ist die Vertragserfüllung in der Tat erst dann möglich, wenn sich der Verbraucher nach Portugal begeben hat. Auf die Vertragserfüllung kommt es indessen bei den Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO nicht an, sondern auf die Modalitäten der Vertragsanbahnung.³⁶⁵

Eindeutige Aussagen in Bezug auf die Zielgerichtetheit einer Webseite lassen sich anhand des Charakters der beworbenen Leistung also auch nicht treffen. Etwas anderes kann allerdings dann gelten, wenn die Produktbeschreibung selbst nationale Eigenheiten widerspiegelt, etwa durch Nennung von Konfektionsgrößen oder Industrienormen.³⁶⁶

(ggg) Ausdrückliche Klarstellung durch den Warenanbieter

Nach alledem kann keines der bisher genannten Kriterien gewährleisten, dass die Ausrichtung einer Webseite in allen Fällen unzweifelhaft festgestellt werden kann. Eine eindeutige Antwort auf die Frage nach der willentlichen Ausrichtung einer Webseite kann somit nur eine ausdrückliche Klarstellung durch den Warenanbieter geben.³⁶⁷ Denkbar ist etwa, dass gleich auf der Eingangsseite ein Hinweis darüber erfolgt, in welchen Staaten die Webseite Beachtung finden soll und die darin enthaltenen Warenangebote Gültigkeit besitzen. An einer derart klaren Aussage lässt sich die Ausrichtung der Webseite eindeutig ablesen. Allerdings ist auch im vorliegenden Fall auf die obige Feststellung zu verweisen, wonach ein tatsächlich erfolgter Vertragsabschluss mit einem Verbraucher in irgendeinem Staat eine Ausrichtung der Webseite auf den betreffenden Staat bedeutet. Ein ausdrücklicher Hinweis kann mithin nur dann ein taugliches Kriterium darstellen, wenn der Anbieter sich auch tatsächlich an seine selbst formulierte Beschränkung hält.³⁶⁸ Es darf demnach nicht passieren, dass trotz des ausdrücklichen Hinweises Verträge auch mit solchen Verbrauchern abgeschlossen werden, die in einem anderen als demjenigen Staat ihren Wohnsitz haben, auf den der Warenanbieter seine geschäftliche Tätigkeit explizit ausgerichtet hat. Kommen dennoch Verträge mit Verbrauchern aus anderen Staaten zustande, muss der Warenanbieter sich an seinem Verhalten festhalten lassen.

Freilich ist zu bedenken, dass es dem Verbraucher bei einem Vertragsabschluss im Internet mangels eines persönlichen Kontakts immer ein Leichtes ist, den Warenanbieter über sei-

³⁶⁵ *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (247), allerdings bezogen auf Art. 5 Abs. 2 1. Spiegelstrich EVÜ.

³⁶⁶ *Borges*, *ZIP* 1999, 565 (570); *Hoeren/Oberscheidt*, *VuR* 1999, 371 (386).

³⁶⁷ *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (244); *Mehrigs*, *CR* 1998, 613 (619); *Micklitz/Rott*, *EuZW* 2001, 325 (331); *Reich/Gambogi Carvalho*, *VuR* 2001, 269 (273).

³⁶⁸ *Ebenso Reich/Gambogi Carvalho*, *VuR* 2001, 269 (273).

nen Wohnsitz zu täuschen.³⁶⁹ Dies stellt jedoch die Tauglichkeit des hier genannten Kriteriums nicht grundsätzlich in Frage. Zum einen fragt sich bei realistischer Betrachtungsweise, wie viele Verbraucher wirklich ein Interesse daran haben, entgegen einem ausdrücklichen Hinweis auf der Webseite einen Vertrag unter Täuschung über ihren Wohnsitzstaat abzuschließen.³⁷⁰ Die praktische Bedeutung dieses Einwands ist insofern als gering einzuschätzen. Zum anderen schließt eine Täuschung die freie Willensbildung des Unternehmers über die Ausrichtung seiner geschäftlichen Tätigkeit schon von vornherein aus, so dass sich der Warenanbieter in einer solchen Konstellation nicht an seinem Verhalten festhalten lassen muss. Im Falle einer Täuschung kann der Umstand, dass ein Vertrag mit einem Verbraucher in dem betreffenden Staat geschlossen wurde, den ausdrücklichen Hinweis auf die willentliche Ausrichtung der Webseite demnach nicht außer Kraft setzen. Dies stellt auch keine unbillige Benachteiligung des Verbrauchers dar. Wer sich durch eine Täuschung den Abschluss eines Vertrages erschlichen hat, erscheint ohnehin nicht schutzwürdig.³⁷¹

In allen anderen Fällen gilt: Sofern sich ein Warenanbieter an seine selbst auferlegte Beschränkung der geschäftlichen Tätigkeit hält und Vertragsschlüsse mit Verbrauchern in Staaten außerhalb des ausdrücklich genannten Geltungsbereichs seiner Webseite konsequent ablehnt, ist ein ausdrücklicher Hinweis am ehesten geeignet, Auskunft über die Ausrichtung einer kommerziellen Webseite zu geben. Ganz in diesem Sinne wird daher auch von der Kommission in der Begründung zum Verordnungsvorschlag allen Unternehmen, die auf Rechtssicherheit bedacht sind, eine Präzisierung des Inhalts empfohlen, „dass ihre Waren oder ihre Dienstleistungen nicht auf Verbraucher mit Wohnsitz in bestimmten Mitgliedstaaten gerichtet sind“.³⁷²

(ff) Ergebnis

Die Prüfung der Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, dass die berufliche oder gewerbliche Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet sein muss, bereitet bei kommerziellen Webseiten Schwierigkeiten. Eine Ausrichtung auf jeden Staat der Welt darf nämlich trotz der weltweiten Abrufbarkeit der Webseite nicht ohne weiteres unterstellt werden. Vielmehr ist unter Berücksichtigung des Willens des Warenanbieters zu unter-

³⁶⁹ *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (249); *Spindler*, *MMR* 2000, 18 (21); *Wernicke/Hoppe*, *MMR* 2002, 643 (646).

³⁷⁰ Ebenso *Reich/Gambogi Carvalho*, *VuR* 2001, 269 (273); *Wernicke/Hoppe*, *MMR* 2002, 643 (647).

³⁷¹ *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1004); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (249); *Wernicke/Hoppe*, *MMR* 2002, 643 (647).

³⁷² *Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag*, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 18.

suchen, welche konkrete Zielrichtung die Webseite hat. Dies muss anhand einer Gesamtschau verschiedener Kriterien geschehen, von denen allerdings nur ein ausdrücklicher Hinweis auf der Webseite einen eindeutigen Aussagewert hat. Die anderen Kriterien können daneben Indizwirkung haben.

Nur dann, wenn diese Gesamtschau nach den Umständen des Einzelfalles keine Beschränkung der Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit auf einzelne Staaten erkennen lässt, kann eine Ausrichtung auf jeden Staat der Welt angenommen werden. In diesem Fall muss ein Warenanbieter, der eine Webseite im WWW unterhält, aufgrund des bloßen Zugänglichmachens seiner Webseite damit rechnen, von einem Verbraucher, mit dem er einen Vertrag geschlossen hat, unter Berufung auf Art. 15 iVm. Art. 16 EuGVVO in jedem Mitgliedstaat der Europäischen Union (mit Ausnahme Dänemarks) verklagt zu werden. Um diese sehr weitgehende Gerichtspflichtigkeit in unklaren Fällen zu vermeiden, sollte jeder Verwender einer kommerziellen Webseite daher Klarheit schaffen, indem er einen ausdrücklichen Hinweis über die Ausrichtung seiner Webseite auf der Eingangsseite platziert. Dies ist unbedingt anzuraten.

b) Vertrag aus dem Bereich der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit des Anbieters

Möglicherweise stellt jedoch die letzte Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO eine weitere Einschränkung dar: Der Vertrag muss in den Bereich der Tätigkeit des Anbieters fallen. So weisen der Rat und die Kommission in einer gemeinsamen Erklärung ausdrücklich darauf hin, „dass es für die Anwendung von Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c nicht ausreicht, dass ein Unternehmen seine Tätigkeiten auf den Mitgliedstaat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, oder auf mehrere Staaten – einschließlich des betreffenden Mitgliedstaats – ausrichtet, sondern dass im Rahmen dieser Tätigkeiten auch ein Vertrag geschlossen werden muss.“³⁷³

aa) Zusammenhang zwischen der geschäftlichen Tätigkeit und dem Vertrag

Fraglich ist, wie diese Voraussetzung zu verstehen ist. Damit könnte gemeint sein, dass der Vertrag, den der Verbraucher abschließt, zumindest einen gewissen Zusammenhang mit dem Tätigwerden des Anbieters haben muss. Zu denken ist insoweit an einen zeitlichen, örtlichen, kausalen oder inhaltlichen Zusammenhang zwischen der Anbieter-Webseite und dem Vertragsabschluss. Im Vergleich mit der Vorgänger-Vorschrift, Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ,

³⁷³ Rat der EU: Erklärungen zur Brüssel I-Verordnung, IPRax 2001, 259 (261); nicht amtlich veröffentlicht.

fällt allerdings auf, dass in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO gerade nicht mehr die Voraussetzung aufgestellt wird, dass die zielgerichtete Werbung den Verbraucher zum Abschluss des Vertrages in seinem Wohnsitzstaat veranlassen muss. Unter Hinweis darauf wird daher in der Literatur hervorgehoben, dass es unter Geltung der Verordnung nunmehr keines wie auch immer gearteten Zusammenhangs zwischen einer Werbung oder einem Angebot des Anbieters und den Handlungen des Verbrauchers bedürfe.³⁷⁴ Dieser Schlussfolgerung ist näher auf den Grund zu gehen.

Zuzugeben ist, dass die Formulierung in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, wonach der Vertrag „in den Bereich dieser Tätigkeit“ fallen muss, zumindest nicht auf einen zeitlichen Zusammenhang hindeutet. Auch ein örtlicher Zusammenhang kann angesichts des Verzichtes auf die Voraussetzung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ, wonach der Verbraucher die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen in seinem Staat vorgenommen haben muss, nicht mehr gefordert werden. Dies betont auch die Kommission in der Begründung zum Verordnungsvorschlag, in der sie klarstellt, dass es nicht mehr relevant ist, wo der Verbraucher die für den Vertragsabschluss erforderlichen Handlungen vorgenommen hat.³⁷⁵ Das bedeutet, dass die typischen Lokalisierungsprobleme, die die Nutzung des Internet mit sich bringt und die im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ zu Rechtsanwendungsproblemen³⁷⁶ führen, unter Geltung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO nicht mehr bestehen. Auch ein Verbraucher, der außerhalb seines Wohnsitzstaats einen Zugang ins Internet nutzt und von dort aus seine elektronische Willenserklärung übermittelt, wird demnach dem Schutz durch Art. 15 Abs. 1 lit. c iVm. Art. 16 EuGVVO unterstellt.³⁷⁷

Die Annahme eines kausalen Zusammenhangs entspricht ebenfalls nicht dem Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO. Die Forderung, dass der Vertrag „in den Bereich“ der geschäftlichen Tätigkeit fallen muss, lässt nicht auf das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen der geschäftlichen Tätigkeit einerseits und dem Zustandekommen des Vertrages andererseits schließen. Andernfalls hätte eine Formulierung gewählt werden müssen, die den Kausalzusammenhang verdeutlicht, etwa „auf Grund der geschäftlichen Tätigkeit“.

Nichtsdestotrotz macht das bloße Vorhandensein dieser letzten Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO deutlich, dass dennoch irgendeine Form der Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 15 EuGVVO besteht. Es bleibt also zu überlegen, ob diese Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, wonach der Vertrag „in den Bereich“ der be-

³⁷⁴ *Drexler*, in: Lehmann (Hrsg.), S. 473 (520), dort Rn. 121; *Spindler*, MMR 2000, 18 (23f.).

³⁷⁵ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 18.

³⁷⁶ Vgl. dazu unten Abschnitt C V 1b bb im 1. Teil dieser Arbeit.

³⁷⁷ Ebenso *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (331); *Wernicke/Hoppe*, MMR 2002, 643 (645).

ruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit des Anbieters fallen muss, möglicherweise einen inhaltlichen Zusammenhang zwischen der kommerziellen Webseite einerseits und den für den Vertrag relevanten Handlungen des Verbrauchers andererseits verlangt. Ein inhaltlicher Zusammenhang ist etwa dann gegeben, wenn der Verbraucher die kommerzielle Webseite studiert hat und anschließend ein Produkt gekauft hat, das auf der Webseite auch tatsächlich beschrieben wird. Für einen inhaltlichen Zusammenhang würde es dabei ausreichen, wenn der Verbraucher nach einer Betrachtung der Webseite in den nächstgelegenen Laden des Anbieters geht und dort das Produkt erwirbt.

Denkbar ist aber gerade im Hinblick auf eine geschäftliche Tätigkeit in Gestalt einer Werbung bzw. einer Warenpräsentation auch, dass der Vertrag nur dann „in den Bereich dieser Tätigkeit“ fällt, wenn ein Zusammenhang zwischen dem für die Werbung genutzten Medium einerseits und dem für den Vertragsabschluss genutzten Medium andererseits besteht. Das würde bedeuten, dass der Vertrag auf demselben Wege zustande kommen muss, auf dem auch die geschäftliche Tätigkeit erfolgt ist. Diese Interpretation entspricht offenbar dem gesetzgeberischen Willen des Ordnungsgebers, so dass sie im Folgenden ausführlich dargestellt und kritisch gewürdigt werden soll.

bb) Gesetzgeberischer Wille des Ordnungsgebers

Ganz im Sinne der letztgenannten möglichen Interpretation, wonach ein Zusammenhang zwischen der geschäftlichen Tätigkeit und dem Vertrag in Bezug auf das genutzte Kommunikationsmedium bestehen muss, haben sich der Rat und die Kommission in ihrer gemeinsamen Erklärung geäußert. Sie betonen, „dass die Zugänglichkeit einer Website allein nicht ausreicht, um die Anwendbarkeit von Artikel 15 zu begründen; vielmehr ist erforderlich, dass diese Website auch zum Vertragsabschluss im Fernabsatz auffordert und dass tatsächlich ein Vertragsabschluss im Fernabsatz erfolgt ist, mit welchem Mittel auch immer“.³⁷⁸ Nach dem Willen des Ordnungsgebers ist die letzte Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO also offenbar nur dann erfüllt, wenn der Verbraucher angesichts einer kommerziellen Webseite auch tatsächlich zu einem Vertragsabschluss im Fernabsatz veranlasst worden ist. Allerdings ist ein Vertrag im Fernabsatz nicht zwingend ein Vertragsabschluss via Internet, sondern es kann sich dabei nach den Definitionen gem. Art. 2 Nr. 1 und 4 iVm. Anhang 1 der

³⁷⁸ Rat der EU: Erklärungen zur Brüssel I-Verordnung, IPRax 2001, 259 (261); nicht amtlich veröffentlicht.

Fernabsatz-Richtlinie (FARL)³⁷⁹ auch um einen Vertragsabschluss per Telefon oder Telefax oder auch per Briefpost handeln.

Der Annahme, dass jeglicher Vertragsschluss im Fernabsatz „in den Bereich“ der Tätigkeit des Unternehmers fällt, steht allerdings die Begründung der Kommission zum Verordnungsvorschlag entgegen, wonach nur Verbraucherverträge, die mittels einer aktiven Webseite geschlossen wurden, die im Wohnsitzstaat des Verbrauchers zugänglich ist, unter Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO fallen sollen.³⁸⁰ Die bloße Tatsache, dass sich der Verbraucher einer Dienstleistung oder der Möglichkeit, Waren zu kaufen, mittels einer in seinem Wohnsitzstaat zugänglichen passiven Website bewusst wurde, begründe hingegen nicht die Anwendung dieser Zuständigkeitsregeln.³⁸¹ Diese Aussage der Kommission wurde bereits bei der Frage nach der Ausrichtung einer Webseite herangezogen.³⁸² Dort wurde die grundlegende Unterscheidung zwischen einer aktiven und einer passiven Webseite als untauglich verworfen. Möglicherweise kann der in der Begründung geäußerte Wille der Kommission aber im vorliegenden Kontext berücksichtigt werden. Die Aussage der Kommission lässt sich nämlich auch so verstehen, dass bei Verwendung einer kommerziellen Webseite nur ein solcher Vertrag „in den Bereich“ der geschäftlichen Tätigkeit fallen soll, der unter Nutzung desselben Kommunikationsmediums, d.h. via Internet mittels des Bestellformulars auf einer kommerziellen Webseite, abgeschlossen wurde. Hat der Verbraucher die Werbung oder die Warenpräsentation hingegen auf der Webseite nur zur Kenntnis genommen und dann einen Vertrag in einem Laden abgeschlossen, soll Art. 15 EuGVVO nicht anwendbar sein. Dies würde allerdings eine eigenständige Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 15 EuGVVO darstellen, die es kritisch zu hinterfragen gilt.

cc) Kritische Würdigung

An den Äußerungen des Rates und der Kommission erscheint befremdlich, dass sie trotz des mit der Verordnung verfolgten Ziels, bei den verbraucherschützenden Vorschriften der Entwicklung der Vermarktungstechniken Rechnung zu tragen³⁸³, anhand der letzten Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO doch wieder weitgehende Einschränkungen vornehmen. Danach soll eine rein passive Webseite, die für den Verbraucher eine bloße Werbung

³⁷⁹ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG Nr. L 144 vom 4.6.1997, S. 19.

³⁸⁰ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 17.

³⁸¹ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 17f.

³⁸² Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (1) im 1. Teil dieser Arbeit.

³⁸³ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 17.

darstellt, nicht jedoch zum Vertragsabschluss via Internet auffordert, keinen Verbrauchergerechtsstand eröffnen. So stellt die Kommission im Hinblick auf die Verwendung einer kommerziellen Webseite klar, dass die Zuständigkeitsregeln des Art. 16 EuGVVO nur auf Verbraucherverträge anwendbar sind, die „auf elektronischem Wege zustande gekommen sind“.³⁸⁴ Dies leuchtet nicht ein.

Zum einen ist nicht ersichtlich, wieso ein Verbraucher, der durch eine Webseite angesprochen wurde, die offensichtlich auf seinen Staat ausgerichtet wurde, nur dann dem Schutz durch Art. 15, 16 EuGVVO unterstellt wird, wenn er die Ware mit Hilfe eines elektronischen Bestellformulars kauft. Hingegen soll ihm dieser Schutz nicht zuteil werden, wenn er das Produkt in einem Laden an seinem Wohnsitz kauft. Diese Differenzierung ist nicht verständlich.³⁸⁵ In beiden Fällen wird der Verbraucher vom Anbieter mittels der kommerziellen Webseite gezielt in seinem Staat angesprochen. Das dient dazu, den Warenabsatz zu fördern. Ist dies erfolgreich, indem der Verbraucher unter dem Eindruck der Warenpräsentation einen Kauf tätigt, so ist der Kunde bei einem elektronischen Vertragsabschluss eigentlich nicht schutzwürdiger als etwa bei einem Vertragsschluss in einem Laden oder mittels telefonischer Bestellung. Insofern ist kein Grund ersichtlich, wieso ihm der Schutz durch den Verbrauchergerechtsstand dennoch nur dann zuteil werden soll, wenn er einen Vertragsschluss auf elektronischem Wege vornimmt. Schließlich ist die Verbrauchereigenschaft, die den Kunden überhaupt schützenswert macht, in beiden Fällen gleichermaßen vorhanden.

Auch fragt sich, welche Auswirkungen die Überlegungen der Kommission für die Anwendung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO auf andere Formen geschäftlicher Tätigkeit haben mögen. Führt der Warenanbieter beispielsweise eine Werbekampagne in einer Zeitung durch, so müsste man konsequenterweise auch dort verlangen, dass der Vertragsschluss anhand desselben Mediums erfolgt. Andererseits kann nicht allen Ernstes erwartet werden, dass für den Vertrag ein Bestellformular verwendet wird, das ebenfalls in der Zeitung abgedruckt ist und dem Warenanbieter dann per Post zugeschickt wird. Mithin lässt sich feststellen, dass die Differenzierung, die die Kommission vornimmt, nicht begründet ist und insofern auch nicht überzeugen kann.

³⁸⁴ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 18.

³⁸⁵ Ebenso *Berger*, in: *Bauknecht/Brauer/Mück* (Hrsg.), S. 1002 (1004f.).

dd) Ergebnis

Eine unterschiedliche Beurteilung der Rechtslage in Abhängigkeit davon, auf welchem Wege der Vertrag mit dem Verbraucher zustande gekommen ist, ist nicht angebracht. Richtigerweise muss vielmehr jeder Vertrag, den der Verbraucher unter dem Eindruck einer kommerziellen Webseite abschließt, als ein Vertrag angesehen werden, der „in den Bereich“ der geschäftlichen Tätigkeit fällt. Der erforderliche Zusammenhang ist dabei inhaltlich zu verstehen, d.h. im Sinne eines Übereinstimmens zwischen dem Inhalt der Werbung und dem tatsächlich erworbenen Produkt. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Vertrag über eine Webseite oder per Telefon oder etwa in einem Ladenlokal des Anbieters zustande gekommen ist. Die geschäftliche Tätigkeit des Warenanbieters, d.h. der Einsatz einer kommerziellen Webseite, dient der Werbung und Kundeninformation und hat insofern das Ziel, den Warenabsatz zu fördern. Ein Vertrag, der den Erwerb der betreffenden Ware zum Gegenstand hat, ist folglich in allen Fällen gleichermaßen dem Bereich dieser geschäftlichen Tätigkeit zuzuordnen, ungeachtet der Art seines Zustandekommens.

Zwar werden bei der vorliegenden Beurteilung die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 15 Abs. lit. c EuGVVO sehr weit verstanden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Vorliegen eines inhaltlichen Zusammenhangs zwischen der kommerziellen Webseite und dem Vertragsschluss in den allermeisten Fällen ohne besondere Zweifel bejaht werden kann. Die Ansicht in der Literatur, wonach es „eines wie auch immer gearteten konkreten Zusammenhangs“ nicht mehr bedürfe, kommt dem hier dargelegten Rechtsverständnis also insofern sehr nahe, als zumindest die praktische Handhabe dieser letzten Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO kaum zu einer wirksamen Beschränkung des Anwendungsbereichs jener Vorschrift führen kann. Das hat seine Ursache jedoch ausschließlich darin, dass der Wortlaut der letzten Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, wonach der Vertrag „in den Bereich“ der geschäftlichen Tätigkeit fallen muss, nun einmal selbst nicht enger gefasst ist. An dieser Stelle kann eine weitergehende Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO somit nicht auf glaubwürdige Weise erfolgen.

Abschließend ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass diejenigen Aussagen des Rates und der Kommission, die nicht amtlich veröffentlicht wurden, kaum geeignet sind, die Gerichte bei Anwendung und Auslegung der Norm zu binden.³⁸⁶ Insofern bleibt abzuwarten, wie die Gerichte den Wortlaut der Vorschrift auslegen werden, wenn deren Anwendbarkeit auf den elektronischen Geschäftsverkehr in Streit steht. In Anbetracht der genannten Kritik ist es

³⁸⁶ *Jayme/Kohler*, IPRax 2001, 501 (505).

durchaus möglich, dass die Gerichte über die Anwendbarkeit des Art. 15 EuGVVO anders urteilen werden, als es dem Rat und der Kommission in ihren nicht amtlich veröffentlichten Anmerkungen vorschwebt. Die weitere Entwicklung in dieser Frage bleibt somit abzuwarten, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Kommission selbst gem. Art. 73 Satz 1 EuGVVO verpflichtet ist, spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung einen Bericht über deren Anwendung vorzulegen. Bezüglich Art. 15 EuGVVO hat die Kommission sogar die Absicht, spätestens nach zwei Jahren einen Bericht über dessen Anwendung abzugeben.³⁸⁷

4. Fazit

Die Vorschriften über die Zuständigkeit bei Verbrauchersachen können auch bei Verträgen im Internet zur Anwendung gelangen. Keinerlei Probleme ergeben sich, sofern die Parteien Vertragverhandlungen per Email führen. In diesem Fall ist die Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit des Unternehmers auf den Verbraucherstaat unproblematisch zu bejahen. Auch dass der im Rahmen dieser Verhandlungen zustande gekommene Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt, ist offensichtlich.

Hingegen ergeben sich bei einem Vertragsschluss mittels einer Webseite Probleme bei der Rechtsanwendung. Sie beginnen mit der Feststellung, auf welchen Staat eine kommerzielle Webseite überhaupt ausgerichtet ist. Als aussagekräftigstes Kriterium im Rahmen einer Gesamtschau unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles ist dabei ein ausdrücklicher Hinweis auf der Webseite selbst anzusehen. Die Verwendung eines solchen Hinweises ist mithin allen Unternehmern, die eine kommerzielle Webseite im WWW betreiben, dringend anzuraten, da er die Rechtsanwendung erleichtert und damit auch Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage der Gerichtspflichtigkeit schafft.

Des Weiteren ist die Anwendung jener letzten Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO problematisch, wonach der Vertrag in den Bereich der geschäftlichen Tätigkeit fallen muss. Richtigerweise ist diese Voraussetzung im Sinne eines inhaltlichen Zusammenhangs zu verstehen, d.h. der Gegenstand des Vertrages muss sich auch in der Warenpräsentation auf der kommerziellen Webseite finden. Die Aussagen des Verordnungsgebers können hingegen nicht überzeugen. In Bezug auf elektronische Verträge, die den Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit bilden, besteht jedoch im Ergebnis eine Übereinstimmung zwischen der hier vertretenen Auffassung einerseits und dem Rechtsverständnis der Kommission andererseits. Für solche Verträge, die via eine interaktive Webseite, d.h. unter Verwendung eines On-

³⁸⁷ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 18.

line-Bestellformulars, zustande kommen, ist das Vorliegen der letzten Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO auch nach Ansicht der Kommission zu bejahen.³⁸⁸

Auf elektronische Verträge sind die Vorschriften der Artt. 15-17 EuGVVO über die Zuständigkeit bei Verbrauchersachen nach alledem grundsätzlich anwendbar.

VII. Gerichtsstandsvereinbarungen gem. Art. 23 EuGVVO

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass ein Vertragsabschluss im Internet verschiedene Rechtsanwendungsprobleme bei der Bestimmung der internationalen Gerichtsstände anhand der Vorschriften der EuGVVO mit sich bringen kann. Die Ursachen liegen dabei vor allem in der fehlenden Lokalisierbarkeit der Vertragspartner einerseits und in der weltweiten Abrufbarkeit einer Webseite andererseits. Zum Abschluss der Untersuchung von Rechtsanwendungsproblemen in der EuGVVO soll daher eingehend erörtert werden, ob die Parteien diesen Problemen entgehen können, indem sie eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen.

Die Vorschrift über Gerichtsstandsvereinbarungen findet sich in Art. 23 EuGVVO. Gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 1 EuGVVO können die Parteien einen Gerichtsstand vereinbaren, wenn zumindest eine der Parteien ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat und das gewählte Gericht sich ebenfalls in einem Mitgliedstaat befindet. Dieses Gericht ist dann gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 EuGVVO ausschließlich zuständig, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

1. Grenzüberschreitender Bezug

Da der Anwendungsbereich der EuGVVO eröffnet sein muss, besteht grundsätzlich das Erfordernis, dass der Sachverhalt einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist.³⁸⁹ Oben wurde festgestellt, dass die Art des grenzüberschreitenden Bezuges anhand der Vorschrift selbst zu bestimmen ist.³⁹⁰ Anders als Art. 5 Nr. 1, Art. 5 Nr. 5 und Art. 16 EuGVVO gibt der Wortlaut des Art. 23 EuGVVO jedoch kaum Aufschluss darüber, wie der grenzüberschreitende Bezug bei Gerichtsstandsvereinbarungen zu definieren ist. Aus Art. 23 Abs. 1 iVm. Art. 4 Abs. 1 EuGVVO geht lediglich hervor, dass bei Gerichtsstandsvereinbarungen nicht der allgemeine Grundsatz des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO gilt, wonach gerade der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat haben muss, damit die Vorschriften der EuGVVO Anwen-

³⁸⁸ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 18.

³⁸⁹ Vgl. Abschnitt B II 4d im 1. Teil dieser Arbeit.

³⁹⁰ Vgl. Abschnitt B II 4d im 1. Teil dieser Arbeit.

derung finden. Stattdessen genügt es für die Anwendbarkeit des Art. 23 EuGVVO, wenn eine der Parteien ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat. Dies wurde, wenngleich in Bezug auf Art. 17 EuGVÜ, inzwischen auch vom EuGH bestätigt.³⁹¹ Für die Art des grenzüberschreitenden Bezugs des Sachverhalts lässt diese Aussage jedoch lediglich den Rückschluss zu, dass der Auslandsbezug nicht unbedingt darin bestehen muss, dass beide Parteien ihren Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten haben. Weitere Anhaltspunkte liefert der Wortlaut der Vorschrift nicht. Insbesondere schreibt Art. 23 Abs. 1 EuGVVO nicht vor, dass es sich bei dem Wohnsitzstaat der in Europa ansässigen Partei einerseits und dem Mitgliedstaat, in dem sich das vereinbarte Gericht befindetet, andererseits um zwei verschiedene Mitgliedstaaten handeln muss.

Insofern ist wiederum auf die kontroverse Diskussion einzugehen, ob der grenzüberschreitende Bezug des Sachverhalts zu einem Drittstaat ausreichend ist³⁹² oder ob – im Sinne der deutschen Rechtsprechung³⁹³ und der Vertreter der Reduktionstheorie in der Literatur³⁹⁴ – ein Auslandsbezug zu einem weiteren Mitgliedstaat gegeben sein muss. Dieser Streit ist für all jene Internet-Verträge von Relevanz, die zwischen einer Partei mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat und einer Partei mit Wohnsitz in einem Drittstaat abgeschlossen werden.

a) Streitstand

Nach Ansicht der Vertreter der Reduktionstheorie, deren Grundgedanke insoweit auf den neuen Art. 23 EuGVVO zu übertragen ist³⁹⁵, kann der grenzüberschreitende Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat bei Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen nur unter zwei Voraussetzungen bejaht werden: Zum einen ist er dann gegeben, wenn Forum prorogatum und

³⁹¹ EuGH, Urteil vom 13.7.2000, Rs. C-412/98 – *Group Josi / UGIC*, Slg. 2000, I-5925 Rn. 42, 47; Urteil vom 9.11.2000, Rs. 387/98 – *Coreck*, Slg. 2000, I-9337 Rn. 17-19.

³⁹² Herrschende Meinung: Vgl. Bülow/Böckstiegel/Geimer/Schütze-Auer, Art. 17 Rn. 21; Aull, IPRax 1999, 226 (229); Geimer, EuLF 2000/01, 54 (54); ders., IPRax 1991, 31 (31); Junker, RIW 1999, 809 (810); Kröll, ZZP 113 (2000), 135 (139); Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 5; Mankowski, IPRax 1996, 427 (430); Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325 (327); MK-ZPO-Gottwald, Bd. 3, Art. 17 EuGVÜ Rn. 7; Rauscher, Internationales und Europäisches Zivilverfahrensrecht, S. 53; Saenger, ZZP 110 (1997), 477 (481); Schlosser, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 6; Soergel-Kronke, Art. 38 EGBGB Anh. IV Rn. 86; Thomas/Putzo-Hüftege, 26. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 2; Trunk, IPRax 1996, 249 (252); Zöller-Geimer, Art. 23 EuGVVO Rn. 12. Offengelassen bei Heß, IPRax 1992, 358 (359).

³⁹³ BGHZ 116, 77 (80) m.w.N.; NJW 1993, 1070 (1071); RIW 1992, 142 (143); WM 1992, 87 (88); NJW 1989, 1431 (1432); OLG Saarbrücken, NJW 2000, 670 (670); OLG Hamm, IPRax 1999, 244 (245); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 1145 (1146); OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 567 (568); OLG München, IPRax 1991, 46 (47).

³⁹⁴ Kohler, IPRax 1983, 265 (266); MK-ZPO-Patzina, § 38 ZPO Rn. 25; Samtleben, NJW 1974, 1590 (1593); ders., RabelsZ 1995, 670 (700f.); Stein/Jonas-Bork, 21. Aufl., § 38 Rn. 22.

³⁹⁵ Ebenso Gebauer, ZEuP 2001, 943 (952).

Forum derogatum in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen.³⁹⁶ Das bedeutet, dass mit der Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten eines Mitgliedstaates die Zuständigkeit eines Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat abbedungen werden muss, etwa der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art. 5 EuGVVO. Zum anderen besteht ein ausreichender Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat dann, wenn eine in einem Mitgliedstaat ansässige Partei aufgrund der Gerichtsstandsvereinbarung in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Wohnsitzstaat verklagt werden kann.³⁹⁷ Hingegen vertritt die herrschende Meinung, dass der Bezug zu einem Drittstaat als Anwendungsvoraussetzung für Art. 23 EuGVVO ausreichend ist.³⁹⁸

Die Unterschiede beider Auffassungen für die Rechtsanwendung sollen anhand des folgenden Beispielsfalles aufgezeigt werden, wonach ein deutscher Internet-Nutzer mit einem US-amerikanischen Warenanbieter einen Kaufvertrag abschließt. Wird bei diesem Vertragsschluss die Zuständigkeit der deutschen Gerichte vereinbart und dadurch die Zuständigkeit der amerikanischen Gerichte ausgeschlossen, so käme die herrschende Meinung zu dem Schluss, dass Art. 23 EuGVVO auf diesen Fall Anwendung findet. Der grenzüberschreitende Bezug besteht zu den USA als einem Drittstaat, was nach herrschender Meinung für die Anwendbarkeit des Art. 23 EuGVVO grundsätzlich ausreicht. Nach Ansicht der deutschen Rechtsprechung und der Vertreter der Reduktionstheorie im Schrifttum wäre Art. 23 EuGVVO hingegen nicht einschlägig. Ein grenzüberschreitender Bezug würde bei Abbedingen der Zuständigkeit der amerikanischen Gerichte nämlich lediglich zu den USA als Forum derogatum und damit zu einem Nicht-Mitgliedstaat bestehen. Die erforderliche Auslandsbeziehung zu einem weiteren Mitgliedstaat wäre also nach dieser Auffassung zu verneinen.

Der Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat ergibt sich nach der Reduktionstheorie aber in zwei anderen Fällen: zum einen dann, wenn sich der vereinbarte Gerichtsstand in einem Mitgliedstaat befindet, der sich von dem Mitgliedstaat unterscheidet, in dem die eine Vertragspartei ihren Wohnsitz hat. Im genannten Beispiel hieße das etwa, dass sich der vereinbarte Gerichtsstand in Frankreich befinden könnte, während der Wohnsitzstaat der in der EU ansässigen Partei Deutschland ist. Ferner ist die EuGVVO anwendbar, wenn ein besonderer Gerichtsstand iSd. EuGVVO in einem anderen Mitgliedstaat existiert, zum Beispiel der Erfüllungsgerichtsstand gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVVO, dieser jedoch mit der Gerichtsstandsvereinbarung als Forum derogatum abbedungen wird. Dann wäre auch nach Auffassung der Vertreter

³⁹⁶ *Schack*, IZVR, Rn. 464. Ferner *Benecke*, S. 149f.; *Jung*, S. 64-67, 72-75; *Kohler*, IPRax 1983, 265 (266) (jeweils bezüglich Art. 17 EuGVÜ).

³⁹⁷ *Samtleben*, *RabelsZ* 59 (1995), 670 (693); *Stein/Jonas-Bork*, 21. Aufl., § 38 Rn. 23 (beide im Hinblick auf Art. 17 EuGVÜ).

³⁹⁸ *Geimer*, *EuLF* 2000/01, 54 (56f.); *Zöller-Geimer*, Art. 23 EuGVVO Rn. 12; *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 2; *Micklitz/Rott*, *EuZW* 2001, 325 (327f.).

der Reduktionstheorie ein grenzüberschreitender Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat und damit eine Anwendbarkeit des Art. 23 EuGVVO zu bejahen.

Nach alledem kommen beide Auffassungen bei der Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 23 EUGVVO zu unterschiedlichen Ergebnissen, sofern einer der beiden Vertragspartner seinen Wohnsitz in einem Drittstaat hat. Dies führt bei Abschluss grenzüberschreitender Verträge im Internet mit einem außereuropäischen Vertragspartner zu besonderer Rechtsunsicherheit, wenn die Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen wollen. Die kontroverse Diskussion um die Voraussetzungen des grenzüberschreitenden Bezugs ist daher erneut kritisch zu würdigen.

b) Kritische Würdigung

Dabei ist der herrschenden Lehre zuzugeben, dass der Wortlaut des Art. 23 EuGVVO selbst keinen Anhaltspunkt dafür liefert, die Anwendbarkeit der Vorschrift auf Fälle zu beschränken, in denen ein Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat besteht. Diese Einschätzung entspricht auch den Aussagen im Bericht von *Jenard* zum EuGVÜ, welcher ohne Einschränkungen besagt, dass Art. 17 EuGVÜ bei Vereinbarungen zwischen einer in einem Vertragsstaat und einer außerhalb der Gemeinschaft wohnhaften Person gilt, sofern nur die Zuständigkeit eines Gerichts eines Vertragsstaats vereinbart worden ist.³⁹⁹ Dieser Bericht kann grundsätzlich auch für die EuGVVO als Auslegungshilfe herangezogen werden.⁴⁰⁰ Nicht argumentieren lässt sich hingegen im Rahmen des Art. 23 EuGVVO – anders als bei Art. 2 Abs. 1 EuGVVO – mit den Erwägungsgründen der EuGVVO.⁴⁰¹ So trifft Erwägungsgrund 8 zwar die Aussage, dass Rechtsstreitigkeiten, die unter die Verordnung fallen, einen Anknüpfungspunkt an das Hoheitsgebiet „eines“ der Mitgliedstaaten aufweisen müssen. Oben wurde aber bereits klargestellt, dass diese Aussage lediglich den Inhalt der Grundregel aus Art. 2 Abs. 1 EuGVVO wiedergibt.⁴⁰² Wie aus Art. 4 Abs. 1 EuGVVO deutlich wird, durchbricht Art. 23 EuGVVO aber gerade diese Grundregel. Mithin kann der Erwägungsgrund 8 in diesem Fall nicht herangezogen werden. Die herrschende Meinung kann sich jedoch auf die *Group Josi*-Entscheidung des EuGH zum Geltungsanspruch des Art. 17 EuGVÜ bei einem Drittstaatenbezug berufen. Darin hat das Gericht unter Hinweis auf den Wortlaut der Vorschrift und unter Anführung des *Jenard*-Berichts geurteilt, dass Art. 17 EuGVÜ bereits dann gelte, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Vertragsstaat habe, auch wenn der Wohnsitz des Klägers

³⁹⁹ ABl. EG Nr. C 59 vom 5.3.1979, S. 38.

⁴⁰⁰ Vgl. Abschnitt B I im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴⁰¹ Anderer Ansicht offenbar *Gebauer*, ZEuP 2001, 943 (962); *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325 (327).

⁴⁰² Vgl. Abschnitt B II 4 im 1. Teil dieser Arbeit.

in einem Drittland liege.⁴⁰³ Dies spricht auf den ersten Blick gegen das Erfordernis eines Bezuges zu einem weiteren Mitgliedstaat. Es fragt sich jedoch, ob die *Group Josi*-Rechtsprechung des EuGH in Anbetracht der veränderten Rechtsnatur und Rechtsgrundlage der einheitlichen Vorschriften über die internationale Gerichtszuständigkeit auch für Art. 23 EuGVVO aufrechterhalten werden wird.

Richtigerweise ist nämlich gerade unter Hinweis auf die Rechtsnatur und die Rechtsgrundlage der EUGVVO ein grenzüberschreitender Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat als Anwendungsvoraussetzung für Art. 23 EuGVVO zu fordern. Hierfür sind die gleichen Argumente anzuführen, die bereits oben im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO bei der Frage nach dem Auslandsbezug genannt wurden.⁴⁰⁴ Die Aussagen über die besonderen Voraussetzungen der Rechtsgrundlage der Verordnung, d.h. des Art. 65 EG, gelten auch hier. Unter gemeinschaftsrechtlichen Aspekten ist daher festzuhalten, dass angesichts der Voraussetzungen des Art. 65 EG – und damit ungeachtet des *Group Josi*-Urteils des EuGH zu Art. 17 EuGVÜ – ein Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat bestehen muss.⁴⁰⁵ Die Aussagen im Bericht von *Jenard* zum EuGVÜ, auf die sich das Gericht stützt, können aufgrund der veränderten Rechtsnatur der EuGVVO nicht länger verfangen. Den Erfordernissen der Rechtsgrundlage des Art. 65 EG trägt vielmehr nur die Reduktionstheorie Rechnung. Zwar ist diese Theorie dem Vorwurf ausgesetzt, sie verkompliziere die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Art. 23 EuGVVO in besonderer Weise.⁴⁰⁶ Unter dogmatischen Gesichtspunkten vermag sie nichtsdestotrotz als einzige zu überzeugen.

c) Definition des grenzüberschreitenden Bezuges zu einem weiteren Mitgliedstaat

Abschließend ist allenfalls zu fragen, ob diesem Vorwurf nicht dadurch begegnet werden kann, dass der zu fordernde grenzüberschreitende Bezug zu verschiedenen Mitgliedstaaten einer einfachen Definition unterstellt wird. So bringt eine der beiden möglichen Ausprägungen des Auslandsbezugs, nämlich jene, dass das Forum prorogatum und das Forum derogatum in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen, in der Tat einen unleugbaren Nachteil mit sich: Der Richter, der über die Zuständigkeitsfrage zu entscheiden hat, muss vorab eine umfangreiche Rechtsprüfung zu der Frage vornehmen, ob durch die getroffene Gerichtsstandsvereinba-

⁴⁰³ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.7.2000, Rs. C-412/98 – *Group Josi / UGIC*, Slg. 2000, I-5925 Rn. 42.

⁴⁰⁴ Vgl. Abschnitt B II 4c im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴⁰⁵ Anderer Ansicht *Gebauer*, ZEuP 2001, 943 (961); *Geimer*, EuLF 2000/01, 54 (57), der die Theorie von der teleologischen Reduktion nach dem *Group Josi*-Urteil des EuGH als „overruled“ ansieht.

⁴⁰⁶ *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 6. Sinngemäß auch *Geimer*, IPRax 1991, 31 (32) bezüglich Art. 17 EuGVÜ.

zung ein Gerichtsstand in einem weiteren Mitgliedstaat abbedungen wurde. Dieses Vorgehen führt zu einer übermäßig schwerfälligen Anwendung des Art. 23 EuGVVO.⁴⁰⁷ Insofern ist das Erfordernis des Auslandbezuges danach zu beurteilen, ob der Wohnsitz einer Partei und der vereinbarte Gerichtsstand in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen.⁴⁰⁸ Damit ergibt sich eine einfache, leicht zu handhabende Definition für die Feststellung des grenzüberschreitenden Bezuges zu einem weiteren Mitgliedstaat.

d) Ergebnis

Anwendungsvoraussetzung des Art. 23 EuGVVO ist ein grenzüberschreitender Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat. Jener ist dann zu bejahen, wenn der Wohnsitz einer Partei und der vereinbarte Gerichtsstand in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen.

Bei Vertragsabschlüssen im Internet zwischen einer Partei, die ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat, und einer Partei, die in einem Drittstaat ansässig ist, kommt Art. 23 EuGVVO für den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung folglich nur dann zur Anwendung, wenn sich das vereinbarte Gericht in einem weiteren Mitgliedstaat befindet. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, so ist statt des gemeinschaftsrechtlich vereinheitlichten Zivilprozessrechts das Internationale Zivilprozessrecht des jeweiligen Forumstaates auf den Sachverhalt anzuwenden.

2. Wirksame Einigung der Parteien

Ist der Anwendungsbereich des Art. 23 EuGVVO eröffnet, schließt sich die Frage an, ob eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung iSd. Art. 23 Abs. 1 Satz 1 EuGVVO zustande gekommen ist. Der Begriff der Vereinbarung ist autonom auszulegen.⁴⁰⁹ Er setzt voraus, dass eine Willenseinigung der Parteien erfolgt ist.⁴¹⁰ Unklar ist jedoch, welche Voraussetzungen an die wirksame Einigung der Parteien zu stellen sind. Hierüber herrscht bereits seit Geltung der Vorschrift über Gerichtsstandsvereinbarungen in Art. 17 EuGVÜ Streit.

Kontrovers diskutiert wird insoweit, ob die Vorschrift selbst neben den prozessualen Voraussetzungen und der Form einer Gerichtsstandsvereinbarung auch die Einigung der Parteien regelt oder ob die Einigung der Parteien den Voraussetzungen des auf den Vertrag anwendba-

⁴⁰⁷ Ebenso *Samtleben*, *RabelsZ* 59 (1995), 670 (691) bezüglich Art. 17 EuGVÜ.

⁴⁰⁸ Im Ergebnis auch *Samtleben*, *RabelsZ* 59 (1995), 670 (693); *Stein/Jonas-Bork*, 21. Aufl., § 38 Rn. 23.

⁴⁰⁹ EuGH, Urteil vom 10.3.1994, Rs. C-214/89 – *Powell Duffryn / Petereit*, Slg. 1992, I-1745 Rn. 14; *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 3; *Kropholler*, *EuZPR*, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 21.

⁴¹⁰ EuGH, Urteil vom 19.6.1984, Rs. 71/83 – *Tilly Russ*, Slg. 1984, 2417 Rn. 14; BGH NJW 1994, 2699 (2699); *Geimer/Schütze*, Art. 23 EuGVVO Rn. 75.

ren nationalen Rechts unterliegt. Der Wortlaut des Art. 23 EuGVVO führt in dieser Frage keine Klärung herbei, so dass das Problem auch nach Inkrafttreten der Verordnung unverändert fortbesteht. Die Rechtsprechung des EuGH gibt dabei ebenfalls keinen Aufschluss über die richtige Lösung. Der EuGH hat lediglich in einem Fall, der den internationalen Handelsverkehr betraf, zu diesem Problem Stellung genommen. Im Hinblick auf Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. c EuGVÜ hat er erklärt, dass diese Norm im Interesse des internationalen Handelsverkehrs – Formfreiheit, Einfachheit und Schnelligkeit des Handelsverkehrs – auch die Voraussetzungen für die Willenseinigung enthalte, und zwar dergestalt, dass das Vorliegen einer Einigung widerleglich vermutet werde, wenn der Tatbestand von lit. c erfüllt sei.⁴¹¹ Von dieser Äußerung abgesehen, hat der Gerichtshof hingegen trotz eines Vorlagebeschlusses des BGH⁴¹² bislang nicht näher zu dem genannten Problem Stellung genommen.⁴¹³

a) Maßstab

Eine Ansicht nimmt mangels einer ausdrücklichen Regelung in der EuGVVO und mangels eines allgemeinen Grundsatzes in der Rechtsprechung des EuGH an, dass das nach dem Kollisionsrecht der *Lex fori* zu bestimmende Sachrecht auf die Vereinbarung anzuwenden ist, so dass sich das wirksame Zustandekommen einer Einigung der Parteien folglich nach nationalem Recht beurteilt.⁴¹⁴ Eine andere Ansicht geht demgegenüber unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH in dem Urteil *Estasis Salotti / Rüwa*⁴¹⁵ davon aus, dass das Zustandekommen der Einigung nach europäischem Einheitsrecht zu beurteilen sei, dass also Art. 23 Abs. 1 Satz 2 EuGVVO die Konsensfragen selbst regelt.⁴¹⁶ Die nationalen Bestimmungen über das Zustandekommen von Gerichtsstandsvereinbarungen würden insoweit verdrängt.

Zu bedenken ist, dass das Ziel der Verordnung ihrem 2. Erwägungsgrund zufolge darin besteht, eine Rechtsvereinheitlichung für die Fragen der internationalen Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen herbeizuführen, um das reibungslose Funktionieren des Binnenmark-

⁴¹¹ EuGH, Urteil vom 20.2.1997, Rs. 106/95 – *MSG*, Slg. 1997, I-911 Rn. 19; Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – *Trasporti Castelletti*, Slg. 1999, I-1597 Rn. 21. Der BGH ist dieser Rechtsprechung gefolgt: vgl. BGH WM 1997, 1552 (1552).

⁴¹² BGH EuZW 1992, 514 (517).

⁴¹³ Vgl. EuGH, Urteil vom 29.6.1994, Rs. 288/92 – *Custom Made Commercial*, Slg. 1994, I-2913.

⁴¹⁴ OLG Düsseldorf, RIW 1990, 577 (579); OLG Saarbrücken, NJW 1992, 987 (988); OLG Karlsruhe, NJW 1982, 1950 (1950); v. *Hoffmann/Thorn*, § 3 Rn. 245; *Lindenmayr*, S. 346-349; Mankowski, IPRax 1996, 427 (430); Thomas/Putzo-*Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 4; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9 Rn. G 135.

⁴¹⁵ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti / Rüwa*, Slg. 1976, 1831 Rn. 7.

⁴¹⁶ BGH NJW 1996, 1819 (1819); Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, Art. 23 EuGVVO Rn. 15; Geimer, IPRax 1991, 31 (34); Geimer/Schütze, Art. 23 EuGVVO Rn. 75; Kohler, IPRax 1991, 299 (300); MK-ZPO-Gottwald, Bd. 3, Art. 17 EuGVÜ Rn. 14; Rauscher, ZJP 104 (1991), 271 (295 ff.); Zöller-Geimer, Art. 23 EuGVVO Rn. 21.

tes zu fördern. Diesem Ziel würde es aber widersprechen, wenn man die Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen am anwendbaren Sachrecht messen würde. Zum einen würde eine Gerichtsstandsvereinbarung iSd. Art. 23 EuGVVO bei einem derartigen Vorgehen immer unterschiedlichen Anforderungen unterliegen, je nachdem, welches nationale Recht gemäß dem Kollisionsrecht des Forums auf den Sachverhalt Anwendung findet. Eine Rechtsvereinheitlichung wird damit also gerade nicht hergestellt.⁴¹⁷

Dieses Problem wird insbesondere dann deutlich, wenn eine Gerichtsstandsvereinbarung in AGB getroffen wird. Gerade in einem solchen Fall ist zu bedenken, dass im nationalen Recht hinsichtlich der Wirksamkeit von AGB bisweilen besonders strenge Vorschriften gelten, im deutschen Recht etwa § 305 BGB für die Einbeziehung von AGB oder §§ 307-309 BGB für die Inhaltskontrolle. Zwar kann man davon ausgehen, dass zumindest in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union die nationalen Rechtsordnungen durch die Umsetzung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klausel-Richtlinie)⁴¹⁸ ein Mindestmaß an Harmonisierung erfahren haben, so dass im materiellen Recht durchaus von einer Rechtsvereinheitlichung gesprochen werden kann und dessen Anwendung dem Zweck der EuGVVO folglich nicht entgegensteht. Jedoch kann das vom Gericht angewandte Kollisionsrecht genauso gut zu dem Ergebnis führen, dass ein außereuropäisches Sachrecht Anwendung findet, welches möglicherweise nur eine sehr lockere Einbeziehungskontrolle und gar keine Inhaltskontrolle für AGB vorsieht. In diesem Fall besteht also keinerlei Harmonisierung der Vorschriften über die Wirksamkeit der Vereinbarung.

Die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Gerichtsstandsvereinbarung iSd. Art. 23 EuGVVO können also bei Anwendung des nationalen Rechts gerade nicht einheitlich festgelegt werden; eine Rechtsvereinheitlichung wird nicht herbeigeführt. Dies bringt wiederum für die Parteien eine enorme Rechtsunsicherheit mit sich, da sie sich nicht im Klaren darüber sind, welchen Voraussetzungen die Wirksamkeit ihrer Gerichtsstandsvereinbarung letztlich unterstellt wird. Eine Unsicherheit der Parteien über die Wirksamkeit der Vereinbarung bringt ihrerseits die Unsicherheit darüber mit sich, in welchem Staat eine Klage aufgrund eines grenzüberschreitenden Rechtsstreits richtigerweise einzureichen ist. Auch dies steht den Zielen der EuGVVO entgegen: Das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wird durch solche Unsicherheiten keinesfalls gefördert, geschweige denn sichergestellt.

⁴¹⁷ Im Ergebnis ebenso *Grüter*, DB 1978, 381 (384); *Jung*, S. 154f. (beide allerdings für Art. 17 EuGVÜ).

⁴¹⁸ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl.EG Nr. L 95 vom 21.4.1994, S. 29.

Ferner steht einer Überprüfung der wirksamen Einigung anhand des nationalen Rechts der Grundsatz entgegen, dass prozessuale und materielle Rechtsfragen grundsätzlich zu trennen sind.⁴¹⁹ Prozessuale Rechtsfragen unterstehen im Anwendungsbereich der EuGVVO dem einheitlichten europäischen Recht, also auch die Frage, ob das angerufene Gericht gem. Art. 23 EuGVVO zuständig ist. Materielle Fragen, die das zugrunde liegende Rechtsverhältnis der Parteien betreffen, sind hingegen anhand des anwendbaren Sachrechts zu klären. Eine Anwendung dieses nationalen Rechts auf die Frage nach der Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung iSd. Art. 23 EuGVVO würde aber eine Vermengung der prozessualen Vorfragen und der materiellen Fragen mit sich bringen. Da die Anwendung des materiellen Rechts bereits in die Prüfung prozessualer Fragen vorverlagert würde, würde im Übrigen wiederum die Rechtsunsicherheit für die Parteien über die gerichtliche Zuständigkeit erhöht.

Die Ansicht, der zufolge die Prüfung der Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung anhand des nationalen Rechts zu erfolgen hat, ist nach alledem abzulehnen. Als Ergebnis ist vielmehr festzuhalten, dass die Wirksamkeit nach einheitsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist.

Seltsam mag auf den ersten Blick anmuten, dass ganz im Gegensatz zu diesem Ergebnis im Hinblick auf Erfüllungsortvereinbarungen gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO festgestellt wurde, dass ihre Wirksamkeit richtigerweise unter Anwendung des materiellen Rechts zu prüfen ist.⁴²⁰ Dabei bedeutet auch dies letztlich eine Vorverlagerung der materiellen Wirksamkeit im Rahmen von prozessualen Zuständigkeitsfragen. Das ist jedoch insofern konsequent, als bei dieser Beurteilung ausdrücklich vorausgesetzt wurde, dass es sich um eine „echte“ Erfüllungsortvereinbarung handelt, die wirklich materiellrechtliche Bedeutung für die vertraglichen Pflichten der Parteien erlangen soll. Handelt es sich hingegen bloß um eine „abstrakte“ Erfüllungsortvereinbarung, gilt der Maßstab des Art. 23 EuGVVO.

b) Einheitsrechtliche Voraussetzungen

Die wirksame Einigung der Parteien über den Gerichtsstand ist also richtigerweise anhand einheitsrechtlicher Maßstäbe zu beurteilen. Allerdings gibt der Wortlaut des Art. 23 EuGVVO keinen Aufschluss über die anzuwendenden Voraussetzungen für die Willenseinigung. In Art. 23 Abs. 1 Satz 3 EuGVVO finden sich im Hinblick auf den „Abschluss“ der Gerichtsstandsvereinbarung lediglich Formvoraussetzungen. Unter Bezugnahme auf diese Formvorausset-

⁴¹⁹ Vgl. etwa *Nagel/Gottwald*, § 1 Rn. 12.

⁴²⁰ Vgl. Abschnitt B IV 1a bb (1) (b) im 1. Teil dieser Arbeit.

zungen hat der EuGH daher entschieden, dass eine Willenseinigung bereits dann vermutet wird, wenn die Formvoraussetzungen erfüllt sind.⁴²¹ Diese Entscheidungen beziehen sich zwar ausdrücklich nur auf die Formvorschriften für den internationalen Handelsverkehr gem. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. c EuGVÜ.⁴²² Zu überlegen ist jedoch, ob dieser Gedanke nicht auch auf andere Konstellationen übertragen werden sollte, in denen eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen wird.

Auf den ersten Blick erscheint es zweifelhaft, die Voraussetzungen an eine Willenseinigung mit den Formerfordernissen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 EuGVVO gleichzusetzen. Dogmatisch betrachtet, ist die Frage der materiellen Willenseinigung von der Frage nach Einhaltung der Form strikt zu trennen.⁴²³ Andererseits ist zu bedenken, dass die Formvorschriften des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 EuGVVO nicht etwa bloße Beweisregeln, sondern echte Wirksamkeitsvoraussetzungen sind.⁴²⁴ Selbst wenn also eine Willensübereinstimmung der Parteien festzustellen ist, kann eine Vereinbarung über den Gerichtsstand keinesfalls wirksam werden, sofern sie nicht auch den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 EuGVVO an die Form genügt. So ist bei realistischer Betrachtungsweise zuzugeben, dass die Einigung der Parteien und die dabei einzuhaltende Form in der Praxis miteinander verschränkt sind.⁴²⁵ Bei einer pragmatischen Sichtweise lassen sich also gute Gründe dafür anführen, das Prinzip der strikten Trennung zwischen Willenseinigung und Form zu durchbrechen, wie es der EuGH für Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. c EuGVÜ getan hat. Der Gedanke des EuGH, das Vorliegen einer Willenseinigung mangels sonstiger Aussagen in der Vorschrift bereits dann zu vermuten, wenn den Formvorschriften genügt ist, sollte demnach auch außerhalb des internationalen Handelsverkehrs zur Anwendung gelangen.

Eine Einschränkung muss allerdings für solche Verhandlungssituationen gemacht werden, in denen ein auffälliges Verhandlungsungleichgewicht zwischen den Parteien vorliegt, vor dessen Hintergrund die für den internationalen Handelsverkehr entwickelte pragmatische Sichtweise des EuGH nicht angemessen ist. Zu denken ist etwa an eine Gerichtsstandsvereinbarung in AGB. Hier ist die Willenseinigung oftmals dadurch geprägt, dass der Verwender

⁴²¹ EuGH, Urteil vom 20.2.1997, Rs. 106/95 – *MSG*, Slg. 1997, I-911 Rn. 19; Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – *Trasporti Castelletti*, Slg. 1999, I-1597 Rn. 21.

⁴²² Vgl. EuGH, Urteil vom 20.2.1997, Rs. 106/95 – *MSG*, Slg. 1997, I-911 Rn. 19; Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – *Trasporti Castelletti*, Slg. 1999, I-1597 Rn. 21.

⁴²³ *Geimer/Schütze*, Art. 23 EuGVVO Rn. 101.

⁴²⁴ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti / Rüwa*, Slg. 1976, 1831 Rn. 7; Urteil vom 14.12.1976, Rs. 25/76 – *Segoura*, Slg. 1976, 1851 Rn. 6; *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 32; *Geimer/Schütze*, Art. 23 EuGVVO Rn. 102; *MK-ZPO-Gottwald*, 3. Bd., Art. 17 EuGVÜ Rn. 19; *Musielak-Weth*, 4. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 6; *Schlosser*, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 15.

⁴²⁵ *Geimer/Schütze*, Art. 23 EuGVVO Rn. 76; *Kohler*, IPRax 1991, 299 (299); *Lindacher*, FS Habscheid (1989), S. 167 (170).

der AGB sich gegenüber der anderen Vertragspartei eine überlegene Verhandlungsposition zunutze macht. Für die Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel in den Vertrag sind daher an späterer Stelle besondere Einbeziehungsvoraussetzungen zu entwickeln.⁴²⁶

c) Ergebnis

Zur Festlegung einheitsrechtlicher Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung ist der Grundsatz des EuGH heranzuziehen, dass eine Einigung der Parteien widerleglich vermutet wird, sofern die Formerfordernisse eingehalten sind. Im folgenden Abschnitt dieser Arbeit muss daher eingehend untersucht werden, ob bei einer Gerichtsstandsvereinbarung, die via Internet abgeschlossen wird, das Schriftformerfordernis des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO erfüllt ist. Nach Erörterung dieser Frage soll auf besondere Fragen der Rechtsanwendung eingegangen werden, welche die elektronische Einbeziehung von Gerichtsstandsklauseln in AGB zum Gegenstand haben.

3. Schriftformerfordernis gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO

Eine Gerichtsstandsvereinbarung muss der Form des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO entsprechen. Sie muss demnach schriftlich erfolgen oder aber mündlich mit schriftlicher Bestätigung geschlossen werden. Da nur eine solche Gerichtsstandsvereinbarung zuständigkeitsbegründend sein kann, die in allen Anforderungen der Vorschrift entspricht, ist die Einhaltung der Schriftform eine Wirksamkeitsvoraussetzung.⁴²⁷

Das Formerfordernis des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO muss autonom ausgelegt werden.⁴²⁸ Dabei herrscht Einigkeit darüber, dass es für Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a Alt. 1 EuGVVO genügt, wenn die Parteien ihren Willen in getrennten Schriftstücken erklären, etwa einen Briefwechsel vornehmen.⁴²⁹ Eine einzige Urkunde, die beiderseitig unterschrieben wird,

⁴²⁶ Vgl. unten Abschnitt B VII 4 im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴²⁷ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti / Rüwa*, Slg. 1976, 1831 Rn. 7; Urteil vom 14.12.1976, Rs. 25/76 – *Segoura*, Slg. 1976, 1851 Rn. 6; *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 32; *Geimer/Schütze*, Art. 23 EuGVVO Rn. 102; *Musielak-Weth*, 4. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 6; *Schlosser*, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 15.

⁴²⁸ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti / Rüwa*, Slg. 1976, 1831 Rn. 7; Urteil vom 14.12.1976, Rs. 25/76 – *Segoura*, Slg. 1976, 1851 Rn. 6; *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 30; *G. Müller*, RIW 1977, 163 (164); *Musielak-Weth*, 4. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 6; *Pichler*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 194; *Schlosser*, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 15.

⁴²⁹ BGH NJW 1994, 2699 (2700); *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 33; *Musielak-Weth*, 4. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 7; *Schlosser*, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 19; *Wagner*, WM 1995, 1129 (1131); *Wieczorek/Schütze-Hausmann*, Anh. I § 40 Art. 17 Rn. 34.

wird also nicht verlangt.⁴³⁰ Erforderlich ist aber in Abgrenzung zu Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a Alt. 2 EuGVVO dennoch, dass beide Erklärungen jeweils der Schriftform entsprechen.

Näherer Erörterung bedarf insofern die Frage, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung auch dann formwirksam zustande kommen kann, wenn die Parteien über das Internet miteinander kommunizieren. Bei einem Vertragsabschluss im Internet bestehen zwei Möglichkeiten, wie eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen werden kann. Zum einen können der Warenanbieter und der Kunde den Gerichtsstand im Rahmen einer Email-Korrespondenz vereinbaren. Häufiger ist jedoch der Fall, dass eine Gerichtsstandsklausel in die AGB des Anbieters aufgenommen wird. Der Kunde stimmt dann per Mausklick auf der Webseite des Anbieters dessen AGB und damit auch der Klausel über den Gerichtsstand zu. Dabei ist zweifelhaft, ob eine auf elektronischem Wege zustande gekommene Vereinbarung überhaupt dem Erfordernis der Schriftform gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a Alt. 1 EuGVVO gerecht werden kann. In Bezug auf die entsprechende Vorschrift des EuGVÜ, Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ, wird diese Frage sehr kontrovers diskutiert.⁴³¹ Mit Einführung des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO hat sie allerdings für all jene Fälle, in denen die Verordnung anwendbar ist, ihre Brisanz verloren: Art. 23 Abs. 2 EuGVVO trifft nämlich in eben dieser Frage die Aussage, dass elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, der Schriftform gleichgestellt sind. Auf diese Vorschrift ist daher im Folgenden näher einzugehen.

a) Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO

Art. 23 Abs. 2 EuGVVO gibt zunächst Aufschluss darüber, dass die elektronische Kommunikation der Parteien nicht von vornherein dem Formerfordernis gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO entgegensteht: Dem Wortlaut zufolge werden elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, der Schriftform gleichgestellt. Zu klären bleibt jedoch, wie die verwendeten Begriffe der elektronischen Übermittlung einerseits und der Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung andererseits zu definieren sind. Die Begründung der Kommission gibt darüber nur eingeschränkt Auskunft. Zur Erläuterung der Neuregelung wird seitens der Kommission lediglich klargestellt, dass die Gültigkeit

⁴³⁰ BGH NJW 2001, 1731 (1731); NJW 1994, 2699 (2700); Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, Art. 23 EuGVVO Rn. 7; Geimer/Schütze, Art. 23 EuGVVO Rn. 104; Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 33; Musielak-Weth, 4. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 7; Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 194; Schlosser, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 16, 19; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 8.

⁴³¹ Vgl. dazu unten Abschnitt C VI 1b im 1. Teil dieser Arbeit.

einer Gerichtsstandsklausel nicht in Frage gestellt werden dürfe, wenn sie zwar nicht in schriftlicher Form vereinbart worden sei, ihr Inhalt jedoch über einen Bildschirm sichtbar gemacht werden könne. Gemeint seien damit in erster Linie Gerichtsstandsvereinbarungen in Verträgen, die in elektronischer Form geschlossen worden sind.⁴³²

aa) Elektronische Übermittlungen

Art. 23 Abs. 2 EuGVVO setzt voraus, dass zur Vereinbarung des Gerichtsstands elektronische Übermittlungen der Parteien erfolgt sind. Dies lässt darauf schließen, dass es ausreichend ist, wenn die Parteien ihre übereinstimmenden Willenserklärungen auf elektronischem Wege abgeben. Zweifel verursacht allenfalls die Begründung der Kommission, wonach vor allem „Gerichtsstandsvereinbarungen in Verträgen, die in elektronischer Form geschlossen worden sind“ von der Vorschrift erfasst sind.⁴³³ Zu entscheiden ist, ob damit gemeint ist, dass die Vereinbarung ein besonderes Formerfordernis in Gestalt einer „elektronischen Form“ – etwa iSd. §§ 126 Abs. 3, 126a BGB – erfüllen muss, oder ob damit jeder beliebige Vertragsabschluss auf elektronischem Wege bezeichnet wird. Beachtung verdient insoweit der Umstand, dass es sich bei der Begründung der Kommission um ein Dokument handelt, das in allen Mitgliedstaaten der europäischen Gemeinschaft gleichermaßen Gültigkeit hat. Insofern ist nicht davon auszugehen, dass sich diese Formulierung gerade auf Verträge bezieht, die einer besonderen „elektronischen Form“ gerecht werden, wie sie das deutsche Recht in §§ 126 Abs. 3, 126a BGB als Formerfordernis definiert. Da in anderen EG-Dokumenten, etwa in der Richtlinie über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen⁴³⁴, die „elektronische Form“ gerade nicht als Begrifflichkeit erscheint, ist vielmehr anzunehmen, dass es sich hier um eine unspezifisch gebrauchte Formulierung handelt und dass insoweit alle Verträge erfasst sein sollen, die auf elektronischem Wege zustande gekommen sind. Letztlich kann diese Frage jedoch dahinstehen, da Verträge in elektronischer Form nicht ausschließlich, sondern ohnehin bloß „in erster Linie“ von der Neuregelung erfasst sein sollen. Offenbar können nach dem Willen der Verordnungsgeber also auch andere Verträge darunter fallen.

An der Anwendbarkeit des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO auf Erklärungen, die im Internet übermittelt werden, bestehen insofern keine Bedenken. Einschränkungen in Gestalt besonderer Formanforderungen für elektronisch übermittelte Erklärungen sind nicht ersichtlich.

⁴³² Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 20.

⁴³³ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 20.

⁴³⁴ Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABLEG Nr. L 13 vom 19.1.2000, S. 12.

bb) Dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung

Darüber hinaus ist unklar, was unter der Voraussetzung des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO zu verstehen ist, dass die elektronische Übermittlung eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen muss. Damit könnte zum einen gemeint sein, dass die Vereinbarung auf einem dauerhaften Datenträger abspeicherbar sein muss. Zum anderen könnte diese Formulierung aber auch bedeuten, dass ein Ausdruck der Vereinbarung auf Papier möglich sein muss. Aufschluss über diese Frage gibt die Begründung der Kommission zum Verordnungsvorschlag. Dieser Begründung zufolge werden solche Vereinbarungen von der Regelung erfasst, „deren Inhalt [...] über einen Bildschirm sichtbar gemacht werden kann“⁴³⁵. Mit dem Erfordernis einer dauerhaften Aufzeichnung ist also offenbar gemeint, dass eine Speicherung auf einem Datenträger möglich sein muss, die ein Sichtbarmachen auf einem Bildschirm zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt ermöglicht. Vom Wortlaut der Vorschrift muss dann aber erst recht der Fall erfasst sein, dass ein Ausdruck der Vereinbarung vorgenommen wird. Der Ausdruck einer Vereinbarung auf Papier stellt nach der natürlichen Verkehrsanschauung ebenfalls eine dauerhafte Aufzeichnung dar; das Sichtbarmachen erfolgt in diesem Fall zwar nicht am Bildschirm, dafür aber auf Papier. Darüber hinaus ist die auf Papier gedruckte Vereinbarung, anders als ein Text am Bildschirm, nicht nur vorübergehend, sondern permanent sichtbar.

Ferner ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass die echte Schriftform iSd. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO nicht verlangt, dass die Erklärungen beider Parteien auf ein und demselben Schriftstück vorliegen. Nichts anderes kann dann aber für die Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung der Vereinbarung iSd. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO gelten. Auch für diese Voraussetzung muss dann konsequenterweise ausreichen, dass jede Erklärung für sich genommen einer dauerhaften Aufzeichnung zugänglich ist. Allerdings muss ersichtlich sein, dass sich beide Erklärungen aufeinander beziehen, damit das Vorliegen einer echten Vereinbarung, d.h. einer Willensübereinstimmung der Parteien, aus ihnen hervorgeht. Mangels einer eindeutigen Formulierung in Art. 23 Abs. 2 EuGVVO spielt es dabei offensichtlich keine Rolle, welcher der Parteien die Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung der insoweit relevanten Erklärungen eröffnet ist.

⁴³⁵ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 20.

b) Anwendung auf elektronische Vereinbarungen via Internet

Nachdem die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO näher bestimmt worden sind, ist nun zu untersuchen, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung via Internet dem Erfordernis des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO standhält, dass eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung möglich sein muss.

Ein Vertrag kann im Internet auf verschiedene Weise zustande kommen. Wie bereits oben dargelegt, besteht zum einen die Möglichkeit, dass die Parteien eine Email-Korrespondenz führen und sich auf diesem Wege vertraglich einig werden, auch im Hinblick auf eine Gerichtsstandsvereinbarung. Zum anderen kann ein elektronischer Vertrag auch geschlossen werden, indem ein Internet-Nutzer auf der Anbieter-Webseite ein Bestellformular online ausfüllt und anschließend per Mausklick übermittelt. Wie an anderer Stelle dargestellt wurde⁴³⁶, nimmt der Kunde damit in den allermeisten Fällen erst das Vertragsangebot vor. Die Einbeziehung von AGB erfolgt dabei regelmäßig dadurch, dass der Kunde die AGB des Anbieters vor der endgültigen Übermittlung seiner Warenbestellung zur Kenntnis nimmt und ihnen – wiederum per Mausklick – zustimmt. Dies geschieht üblicherweise durch das Anklicken eines Feldes mit dem Inhalt „Ich stimme den AGB zu.“, oder „Ich bin mit Geltung der AGB einverstanden.“ Unterbleibt dieser Mausklick, wird in vielen Fällen mit Hilfe einer technischen Sperre die Übermittlung des Bestellformulars verhindert. Die Annahme dieses Vertragsangebots, das demnach immer nur unter Bezugnahme auf die AGB erfolgen kann, erklärt anschließend der Anbieter.

aa) Austausch von Emails

Führen die vertragschließenden Parteien eine Emailkorrespondenz, so bestehen hinsichtlich beider möglicher Auslegungen des Erfordernisses der dauerhaften Aufzeichnung keine Bedenken. Emails lassen sich zum einen auf der Festplatte des Computers oder auf anderen Speichermedien abspeichern und später wieder auf einem Bildschirm sichtbar machen. Zum anderen lassen sie sich auch ausdrucken. Demnach kann jede Partei sowohl ihre eigenen Emails als auch die Emails der anderen Partei dauerhaft aufzeichnen. Insofern wird eine Gerichtsstandsvereinbarung, die auf diesem Wege im Internet zustande gekommen ist, dem Schriftformerfordernis des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a iVm. Abs. 2 EuGVVO unzweifelhaft gerecht.⁴³⁷

⁴³⁶ Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (2) (b) (ee) (bbb) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴³⁷ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, EuGVVO Übersicht Rn. 9.

bb) Zustimmung zu den AGB des Anbieters per Mausklick

Schwieriger ist hingegen folgende Konstellation zu beurteilen: Ein Gerichtsstand wird vereinbart, indem der Kunde auf dem Bestellformular per Mausklick den AGB des Warenanbieters zustimmt, die AGB damit in das Vertragsangebot einbezieht und der Anbieter anschließend die Annahme jenes Vertragsangebots erklärt.

(1) Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung der Gerichtsstandsklausel

Zunächst ist festzuhalten, dass eine dauerhafte Aufzeichnung der Gerichtsstandsklausel selbst unproblematisch ist. Elektronische AGB können sowohl abgespeichert und zu einem späteren Zeitpunkt wieder auf dem Bildschirm sichtbar gemacht als auch ausgedruckt werden. Dies ist meist sogar ohne besonderen technischen Aufwand möglich, da zahlreiche Webseiten, die AGB enthalten, bereits eine Speicherfunktion für den Nutzer bereitstellen. Dieser muss dann zum Zwecke des Abspeicherns der AGB lediglich einen Mausklick vornehmen, woraufhin die Speicherung je nach Befehl des Nutzers entweder auf der Festplatte des Computers oder aber auf einer Diskette durchgeführt wird. Jedoch betrifft dieser Vorgang ausschließlich die AGB, d.h. die Gerichtsstandsklausel des Anbieters, und nicht die „Vereinbarung“ als solche.

Ob die Vereinbarung als solche einer dauerhaften Aufzeichnung zugänglich ist, ist in der Tat fraglich. Unter der Vereinbarung iSd. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO ist die Einigung der Parteien über den Gerichtsstand zu verstehen. Das bedeutet, dass gem. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO nicht nur die Gerichtsstandsklausel allein der Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung zugänglich sein muss, sondern auch die Erklärung der anderen Partei, dass sie deren Einbeziehung zustimmt. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO kann also nur dann Anwendung finden, wenn auch eine dauerhafte Aufzeichnung der Zustimmung des Kunden möglich ist. Da diese per Mausklick erfolgt, erscheint dies problematisch.

(2) Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung der Zustimmung

Den Mausklick auf das Feld „Ich stimme den AGB zu.“ oder „Ich bin mit Geltung der AGB einverstanden.“ kann der Kunde selbst weder durch Abspeichern noch durch einen Ausdruck dauerhaft dokumentieren. Ihm steht die Möglichkeit der dauerhaften Aufzeichnung seiner Zustimmung zu den AGB also nicht offen. Entscheidend ist mithin, ob der Verwender der AGB die Zustimmung dauerhaft aufzeichnen kann.

Ein solcher Mausklick, der die Zustimmung zu den AGB beinhaltet, wird üblicherweise dem Vertragsabschluss vorangestellt, um für den Anbieter sicherzustellen, dass eine wirksame Einbeziehung seiner AGB erfolgt. Dabei wird der technische Ablauf des elektronischen Vertragsschlusses dergestalt programmiert, dass die Warenbestellung nur dann erfolgen kann, wenn das Feld „Ich stimme den AGB zu.“ durch den Kunden angeklickt wird. Unterlässt er dies, wird der Bestellvorgang hingegen abgebrochen. Dies zeigt, dass dem Anbieter in jedem Fall eine Information darüber übermittelt wird, ob bzw. dass der Kunde per Mausklick seine Zustimmung zu den AGB erklärt hat.

Fraglich ist allerdings, ob diese bloße Information auch die dauerhafte Aufzeichnung der Zustimmung ermöglicht. Dies hängt davon ab, ob der Verwender der AGB jene Information abspeichert, dass eine Zustimmung des Kunden zu den AGB erfolgt ist. Verwendet er den Mausklick ausschließlich als eine technische Sperre, um die Zustimmung zu den AGB vor jedem endgültigen Vertragsabschluss sicherzustellen, so mag dies nicht der Fall sein. Es ist aber davon auszugehen, dass viele Anbieter von Waren im Internet zumindest zu Beweis Zwecken alle Erklärungsinhalte abspeichern, die für das Zustandekommen des Kaufvertrages rechtlich relevant sind. Dazu gehört neben den Essentialia negotii auch die Tatsache, dass der Kunde seine Zustimmung zu den AGB erklärt hat. Dass der Verwender diese abgespeicherte Information bei Bedarf auch tatsächlich auf einem Bildschirm sichtbar machen kann, darf unterstellt werden. Technische Probleme sind zumindest nicht ersichtlich. Andernfalls wäre schließlich die gesamte Speicherung von Daten ohne jeden Nutzen und auch für Beweis Zwecke nicht zu gebrauchen, wenn sie nicht zu einem späteren Zeitpunkt wieder sichtbar gemacht werden könnten.

Allerdings stellt sich noch ein weiteres Problem: Es fällt auf, dass vom Anbieter lediglich der Umstand abgespeichert wird, dass eine Zustimmung seitens des Kunden erfolgt sei, gleichsam als würde diese Tatsache zu Protokoll gegeben. Dies kann bei der rechtlichen Beurteilung nicht ohne weiteres mit der dauerhaften Erfassung der Erklärung „Ich stimme zu.“ des Kunden selbst gleichgesetzt werden, wie sie etwa ausdrücklich in einer Email des Kunden formuliert wäre. Es fragt sich also wiederum, ob die Möglichkeit der dauerhaften Aufzeichnung jener Information, dass der Kunde seine Zustimmung erklärt hat, dem Erfordernis des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO genügt, dass die Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung „der Vereinbarung“ bestehen muss.

Erfolgt eine elektronische Übermittlung per Mausklick auf der Webseite des Anbieters, steht der Text „Ich stimme zu.“ lediglich auf dem anzuklickenden Feld. An den Empfänger

übermittelt wird aber nicht dieser Text mit genau diesem Wortlaut, sondern bloß die Information, dass die Zustimmung soeben per Mausklick vorgenommen wurde. Dadurch unterscheidet sich die Zustimmung per Mausklick von einer Zustimmung per Email, in welcher die Erklärung „Ich stimme den AGB zu.“ auch beim Empfänger so wörtlich als lesbarer Text wieder auftaucht.

Letztlich macht dieser Unterschied aber keine andere Beurteilung der Rechtslage erforderlich. Die Vorschrift des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO bezieht sich ja gerade ausdrücklich auf all jene Fälle, in denen eine „elektronische Übermittlung“ erfolgt. Dem Begriff einer „elektronischen Übermittlung“ ist aber keineswegs zwingend wesensimmanent, dass eine Erklärung in ihrem Wortlaut so versandt wird, dass sie in identischer Form als lesbarer Text beim Empfänger erscheint. Inhalt einer „elektronischen Übermittlung“ sind nach allgemeiner Verkehrsanschauung vielmehr alle möglichen Daten und Informationen. Ein anderes Verständnis des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO wäre nur dann nachvollziehbar, wenn eine engere Formulierung gewählt worden wäre, etwa „elektronische Erklärungen“ statt „elektronische Übermittlungen“. Dies ist aber gerade nicht erfolgt.

Eine derart enge Sichtweise entspricht auch nicht der Zielsetzung des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO. Nach der Begründung der Kommission soll die Vorschrift jenen Zielen Vorschub leisten, die mit der Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs verfolgt werden.⁴³⁸ Diese Richtlinie soll ihrerseits dem E-Commerce Vorschub leisten.⁴³⁹ Dieses Ziel würde aber verfehlt, wenn man die Möglichkeit der dauerhaften Aufzeichnung „der Vereinbarung“ so streng betrachten würde, dass dafür der Nachweis, dass die Zustimmung des Kunden erfolgt ist, nicht ausreichen würde. Insofern ist vielmehr davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO auch dann erfüllt sind, wenn nur die Information darüber dauerhaft aufgezeichnet werden kann, dass eben diese Zustimmung erfolgt ist, nicht hingegen die Zustimmung selbst.

(3) Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung der Annahmeerklärung

Nicht zu vergessen ist, dass mit dem zustimmenden Mausklick und der anschließenden Übermittlung des Warenbestellung seitens des Kunden erst das Vertragsangebot erklärt wurde, wenn auch formgerecht unter Bezugnahme auf die Gerichtsstandsklausel in den AGB des

⁴³⁸ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 20.

⁴³⁹ Vgl. Erwägungsgrund 4 der E-Commerce-Richtlinie, ABl.EG Nr. L 178 vom 17.7.2000, S. 1.

Warenanbieters. Erforderlich ist also im Anschluss daran eine formgerechte Annahme durch den Warenanbieter selbst.

Die Annahme muss demnach ebenfalls die Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung iSd. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO bieten. Eine konkludente Annahme durch Zusenden der bestellten Ware kommt also angesichts dieses Formerfordernisses nicht in Betracht. Demgegenüber ist bei einer Email die Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung zu bejahen, wie bereits oben dargelegt wurde. Die Annahme eines Vertragsangebotes, das unter Bezugnahme von AGB erfolgt, kann also nur dann zu einer wirksamen Einbeziehung einer in den AGB enthaltenen Gerichtsstandsklausel führen, wenn die Annahme in einer Email erklärt wurde.

(4) Ergebnis

Für die Einhaltung der Form iSd. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO genügt es also, wenn zum einen die Gerichtsstandsklausel des Anbieters und zum anderen die Information, dass der Kunde diesen AGB per Mausklick zugestimmt hat, der Möglichkeit einer dauerhaften Aufzeichnung durch den Verwender der AGB unterliegen. Allerdings ist stets daran zu denken, dass darüber hinaus auch die Annahme des Vertragsangebotes, in das die AGB-Gerichtsstandsklausel aufgrund des zustimmenden Mausklicks einbezogen wurde, formgerecht erfolgen muss. Mit einer konkludenten Annahme durch Zusenden der bestellten Ware kann eine Gerichtsstandsvereinbarung durch Einbeziehung einer AGB-Gerichtsstandsklausel in den Vertrag also nicht erfolgen.

4. Formunabhängige Voraussetzungen der Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel

Soeben wurde festgestellt, dass die Formvorschriften gem. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO bei einem Vertragsabschluss im Internet erfüllt werden können. Dabei wurde bereits aufgezeigt, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung in vielen Fällen durch die Einbeziehung von AGB auf elektronischem Wege formwirksam getroffen werden kann. Bisher unberücksichtigt blieb jedoch die Überlegung, dass angesichts der häufig ungleichen Verhandlungsposition der Parteien bei einer Einbeziehung von AGB weitere einheitsrechtliche Anforderungen an die wirksame Vereinbarung einer Gerichtsstandsklausel in AGB bestehen können. Diese Anforderungen festzulegen, soll das Ziel der folgenden Ausführungen sein. Anschließend soll überprüft werden, inwieweit auch ihnen bei einem grenzüberschreitenden Vertragsabschluss via Internet genügt werden kann. Ferner soll eine kurze Betrachtung weiterer Problemstellungen erfolgen, die

sich im Zusammenhang mit der Einbeziehung von AGB in einen grenzüberschreitenden Vertrag stellen.

Wesentlich für die folgende Darstellung ist, sich die typische Situation eines Vertragsabschlusses vor Augen zu führen, der unter Einbeziehung von AGB erfolgt. Sie zeichnet sich regelmäßig dadurch aus, dass der Anbieter, der die vorformulierten AGB verwendet, die stärkere Verhandlungsposition genießt. Dies zeigt sich deutlich bei Warenbestellungen durch Ausfüllen und Übermitteln eines Bestellformulars auf einer Webseite. Sofern die Zustimmung zu den AGB nicht per Mausklick erfolgt, wird der Bestellvorgang nicht zu Ende geführt, sondern abgebrochen. Hieran wird die unterlegene Position des Kunden erkennbar: Er hat gar keine andere Wahl als entweder den AGB zuzustimmen oder aber von dem Geschäft gänzlich Abstand zu nehmen. Vor allem ist davon auszugehen, dass der Verwender der AGB selbige – was nachvollziehbar ist – ausschließlich zu seinen eigenen Gunsten entworfen hat.⁴⁴⁰ Aus diesen beiden Gründen muss die Einbeziehung ebenso wie der Inhalt von AGB gewissen Beschränkungen und Kontrollen unterliegen, welche die andere Partei vor unangemessener Benachteiligung schützen.⁴⁴¹ Die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung iSd. Art. 23 EuGVVO, die im Rahmen von AGB zur Geltung gelangt, hängt daher nicht lediglich von der Schriftform der Erklärungen ab.

a) Einheitsrechtliche Grundsätze

Die Grundsätze für eine wirksame Einbeziehung von Gerichtsstandsklauseln in AGB haben sich bei der Anwendung des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ herausgebildet. Sie sind aber genauso auch für die Anwendung des Art. 23 EuGVVO heranzuziehen.⁴⁴² Zu betonen ist, dass es hier nicht mehr nur um die Frage nach der Einhaltung der Schriftform geht, sondern allgemein um die ungeschriebenen Voraussetzungen für eine „Vereinbarung“ iSd. Art. 23 Abs. 1 EuGVVO, d.h. für eine Willenseinigung der Parteien, die auch die Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel in AGB erfasst.⁴⁴³ Insofern wird der Inhalt dieser Grundsätze nicht durch den Umstand verändert, dass seit Inkrafttreten der EuGVVO elektronische Übermittlungen gem. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO der Schriftform iSd. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO gleichgestellt sind. Die Benennung der einheitsrechtlichen Grundsätze zur wirksa-

⁴⁴⁰ Ebenso *Schlosser*, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 16.

⁴⁴¹ So auch *Schlosser*, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 31.

⁴⁴² Vgl. Abschnitt B I im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴⁴³ So zutreffend auch *Geimer/Schütze*, welche die Einbeziehung von AGB in dem Abschnitt über die Willenseinigung erörtern (vgl. Art. 23 EuGVVO Rn. 85), und *Kohler*, IPRax 1991, 299 (299).

men Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel in AGB ist demnach losgelöst von der Problematik der neu geschaffenen Formvorschrift des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO zu betrachten.

aa) Hinweis auf die AGB

Allerdings ist im vorliegenden Kontext die Erkenntnis von Nutzen, dass die Schriftform des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO sowohl mit einer von beiden Parteien unterschriebenen Vertragsurkunde als auch mit dem Austauschen getrennter Schriftstücke gewahrt wird. Vor diesem Hintergrund lässt sich nämlich die Rechtsprechung des EuGH und des BGH nachvollziehen, wonach für eine wirksame Einbeziehung von AGB erforderlich ist, dass der AGB-Text einen äußerlich integrierten Bestandteil entweder der Vertragsurkunde oder des Vertragsangebotes darstellt.⁴⁴⁴ Dabei genügt es auch, wenn die AGB einen gesonderten Text darstellen, sofern nur bei Vertragsschluss ein ausdrücklicher Hinweis auf die AGB erfolgt und der eigentliche Vertragstext bzw. – bei getrennten Schriftstücken – das Vertragsangebot ausdrücklich auf die AGB Bezug nimmt.⁴⁴⁵ Dabei muss im Übrigen nicht die Gerichtsstandsklausel selbst Erwähnung finden, sondern es reicht aus, wenn auf die AGB in ihrer Gesamtheit Bezug genommen wird.⁴⁴⁶

bb) Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme

Der Kunde muss die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme des AGB-Textes haben, und zwar auch dann, wenn der AGB-Volltext nicht Bestandteil der Vertragsurkunde ist.⁴⁴⁷ In letzterem Fall ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen dies bejaht werden kann. Insbesondere wird kontrovers diskutiert, ob es einer Überlassung des AGB-Textes an den Kunden bedarf oder ob die ausdrückliche Einbeziehung der AGB auch dann wirksam ist, wenn auf ein Standardklauselwerk verwiesen wird, welches dem Vertrag bzw. bei schriftlichen Vertragsverhandlungen der Willenserklärung des AGB-Verwenders nicht beigelegt

⁴⁴⁴ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti / Rüwa*, Slg. 1976, 1831 Rn. 12; BGH RIW 1977, 649 (650). Vgl. ferner *Sieg*, RIW 1998, 102 (103).

⁴⁴⁵ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti / Rüwa*, Slg. 1976, 1831 Rn. 12; BGH RIW 1977, 649 (650). Ebenso Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, Art. 23 EuGVVO Rn. 7; *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 35; *Schlosser*, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 20; *Sieg*, RIW 1998, 102 (103f.); *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 8.

⁴⁴⁶ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti / Rüwa*, Slg. 1976, 1831 Rn. 12; OLG Koblenz, RIW 1987, 144 (146); OLG Hamm, IPRax 1991, 324 (325); *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 38; *Schlosser*, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 16; *Sieg*, RIW 1998, 102 (103); *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 8.

⁴⁴⁷ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti / Rüwa*, Slg. 1976, 1831 Rn. 12; *Sieg*, RIW 1998, 102 (104).

wurde. Vom EuGH⁴⁴⁸ und von der herrschenden Meinung in der Literatur⁴⁴⁹ wird dazu vertreten, dass für eine wirksame Einbeziehung der AGB immer auch eine Überlassung des Textes an den Kunden erfolgen müsse: Es müsse feststehen, dass die AGB der anderen Partei tatsächlich zugegangen sind. Nach anderer Ansicht wird die Wirksamkeit der Einbeziehung hingegen bereits dann bejaht, wenn der Kunde die Möglichkeit hat, sich den AGB-Text durch eigene Rückfragen unschwer und prompt zu verschaffen.⁴⁵⁰

Für die herrschende Meinung spricht, dass der Kunde den AGB nicht zustimmen kann, wenn ihm nicht ermöglicht wird, den Text zu lesen. Insofern ist es in der Tat erforderlich, dass der Kunde auf den Text zugreifen kann. Indessen ist fraglich, ob es dafür vonnöten ist, dass der Verwender der AGB diese dem Kunden von sich aus überlässt. Zu überlegen ist, ob es dem Kunden nicht auch zugemutet werden kann, auf eigenen Antrieb eine Nachfrage nach den AGB zu stellen. Wiederum ist die Situation der Parteien bei einem Vertragsabschluss unter Einbeziehung von AGB zu berücksichtigen: Wie bereits oben dargelegt, befindet sich der Verwender der AGB regelmäßig in der überlegenen Verhandlungssituation, zumal die AGB, soweit das inhaltlich zulässig ist, in der Regel zu seinen eigenen Gunsten abgefasst sind. Der Kunde ist hingegen von vornherein in einer nachteiligen Position. Vor diesem Hintergrund ist es unbillig, ihm nun auch noch zuzumuten, sich selbst um die Einsichtnahme in den AGB-Text zu kümmern. Der Einwand der Mindermeinung, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses würden die AGB ohnehin nur in den seltensten Fällen wirklich durchgelesen und über etwaige künftige Rechtsstreitigkeiten würde in diesem frühen Stadium der Rechtsbeziehungen schon gar nicht nachgedacht⁴⁵¹, vermag insoweit nicht zu überzeugen. Die Überlegung, welcher Partei man die Bemühungen zumutet, für die Überlassung des Textes zu sorgen, sollte sich vielmehr an der jeweiligen Schutzwürdigkeit der Parteien orientieren. Der Hinweis auf eine andere Vertragswirklichkeit macht es gerade nicht überflüssig, sondern ganz im Gegenteil nur um so notwendiger, dass der Verwender der AGB dazu verpflichtet wird, den Text auf eigene Initiative zur Verfügung zu stellen. Nur so kann dem Umstand entgegengewirkt werden, dass die Kunden völlig unbesehen einer Einbeziehung der AGB ihres Vertragspartners zustimmen, die noch dazu einseitig zu ihren Lasten gehen. Durch die Überlassung des AGB-Textes seitens des Verwenders wird zweifelsohne eher dazu beigetragen, dass die andere Partei die AGB vor der Zustimmung zur Kenntnis nimmt, als wenn man dieser anderen Partei aufbürdet, sich den

⁴⁴⁸ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti / Rüwa*, Slg. 1976, 1831 Rn. 12.

⁴⁴⁹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, Art. 23 EuGVVO Rn. 7; Geimer/Schütze, Art. 23 EuGVVO Rn. 87; Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 36; MK-ZPO-Gottwald, Bd. 3, Art. 17 EuGVÜ Rn. 24; Rauscher, ZZP 104 (1991), 271 (288); Reithmann/Martiny-Hausmann, Rn. 3006.

⁴⁵⁰ Schlosser, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 20.

⁴⁵¹ Schlosser, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 20.

Text aus eigenem Antrieb durch Rückfragen zu beschaffen. Dies muss gerade bei Distanzgeschäften wie einem Vertragsabschluss im Internet gelten. Bei Distanzgeschäften ist eine Anforderung des AGB-Textes nämlich noch aufwendiger und zeitraubender, als wenn die Parteien bei einem persönlichen Treffen miteinander verhandeln, im Rahmen dessen der AGB-Text auf Bitten sofort übergeben werden könnte. Aus diesen Gründen ist der herrschenden Meinung der Vorzug zu geben, wonach der Verwender der AGB seinerseits für deren Überlassung an die andere Partei zu sorgen hat, bevor die Einbeziehung der AGB wirksam erfolgen kann.

b) Anwendung der einheitsrechtlichen Grundsätze auf den Vertragsabschluss im Internet

Die genannten einheitsrechtlichen Voraussetzungen über die wirksame Einbeziehung von Gerichtsstandsklauseln in AGB sind auf den Vertragsabschluss im Internet anzuwenden. Dabei ist unter Verweis auf die obige Darstellung wiederum danach zu differenzieren, ob die Einbeziehung von AGB in den Vertrag per Mausklick auf der Webseite des Warenanbieters oder aber im Rahmen einer Email-Korrespondenz erfolgt.

aa) Einbeziehung von AGB bei einer Online-Warenbestellung

Bei einer Online-Warenbestellung auf einer Webseite füllt der Kunde ein Bestellformular aus und übermittelt es anschließend per Mausklick an den Warenanbieter. Eine einheitliche Vertragsurkunde existiert demnach nicht. In dieser Konstellation gilt, dass die AGB nur dann wirksam in den Vertrag einbezogen werden können, wenn der Anbieter zunächst einen ausdrücklichen Hinweis auf seine AGB gegeben und dem Kunden den AGB-Text zur Verfügung gestellt hat, bevor jener im Vertragsangebot ausdrücklich auf die AGB Bezug nehmen kann. Damit die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen werden können, muss der Hinweis auf die AGB rechtzeitig erfolgen, d.h. bevor der Kunde seine für den Vertragsabschluss relevante Willenserklärung an den Anbieter übermittelt. Andernfalls kann im Vertragsangebot seitens des Kunden keine Bezugnahme auf die AGB erfolgen.

Da es nicht ausreicht, auf AGB zu verweisen, die dem Vertrag nicht beigelegt sind, muss dem Kunden vor Übermittlung seines Vertragsangebots außerdem die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme der AGB offen stehen. Denkbar ist insoweit zum einen, dass der gesamte AGB-Text auf dem Bestellformular selbst zu finden ist. Des Weiteren ist möglich,

dass ein Link auf eine andere Webseite bereitgehalten wird, die den Volltext der AGB anzeigt.

Beide Vorgehensweisen begegnen jedoch Bedenken.

(1) Verursachung von Telefonkosten

Die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme könnte zunächst angesichts jenes Umstandes in Frage stehen, dass die Internet-Verbindung Telefonkosten verursacht. Die Kenntnisnahme eines AGB-Textes, der sich auf einer Webseite befindet, könnte wegen der dabei verursachten Telefonkosten unzumutbar sein. Der Kunde könnte sich also gezwungen sehen, den Bestellvorgang rasch zu Ende zu bringen und auf die Kenntnisnahme eines längeren AGB-Textes auf der Webseite zu verzichten, um auf diese Weise die Telefonkosten für die Internet-Verbindung gering zu halten.

Gegen diesen möglichen Einwand spricht jedoch, dass ein Kunde bei einem elektronischen Vertragsschluss im Internet vielfach gar nicht darauf angewiesen ist, die AGB auf der Webseite unter Aufrechterhaltung der Internet-Verbindung zu lesen. Zumindest im Anwendungsbereich des nationalen Rechts eines EU-Mitgliedstaates, in dem die Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie umgesetzt sind, ist nämlich ein Diensteanbieter iSd. Art. 2 lit. b ECRL, d.h. eine natürliche oder juristische Person, die einen Dienst der Informationsgesellschaft anbietet, bei Abschluss eines Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehr gem. Art. 10 Abs. 3 ECRL verpflichtet, Allgemeine Geschäftsbedingungen so zur Verfügung zu stellen, dass der Nutzer sie speichern und reproduzieren kann. Demnach besteht für den Kunden bei Abschluss eines Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehr in jedem Fall die Möglichkeit, die AGB abzuspeichern, die Verbindung ins Internet anschließend zu unterbrechen und den AGB-Text erst einmal in Ruhe zu lesen. Dies erspart ihm, während der Lektüre der AGB Telefongebühren zahlen zu müssen.

Aber selbst dann, wenn der Warenanbieter nicht der Verpflichtung aus der E-Commerce-Richtlinie unterliegt, kann der Einwand der Telefonkosten nicht überzeugen. Erstens halten viele Warenanbieter im Internet auch unabhängig von den Pflichten aus der E-Commerce-Richtlinie die notwendige technische Ausstattung bereit, damit Kunden die AGB per Mausklick abspeichern und sich gegebenenfalls auch ausdrucken können. Ganz abgesehen davon sind die Kosten für die Nutzung des Internet heutzutage aber ohnehin so niedrig, dass das Stu-

dium der AGB nur sehr geringe Telefonkosten verursachen wird. An der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme bestehen insofern unter diesem Aspekt keine Bedenken.⁴⁵²

(2) Bloßer Link auf eine Webseite mit dem AGB-Volltext

Des Weiteren ist die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme zweifelhaft, wenn dem Kunden lediglich ein Link auf eine andere Webseite zur Verfügung gestellt wird, die den AGB-Volltext enthält.

Wiederum stellt sich die Frage, ob dem Kunden zugemutet werden kann, dass er sich den Zugriff auf die AGB auf eigenes Betreiben hin, nämlich durch Anklicken des Links, verschafft. Einerseits könnte man die Ansicht vertreten, dass dieses Vorgehen das gleiche ist, wie wenn der Kunde sich den AGB-Text durch eigene Rückfragen besorgen muss, und dass es insofern gerade nicht als ausreichend anzusehen ist, wenn der Anbieter nur einen Link zum Abrufen der AGB zur Verfügung stellt. Andererseits ist aber zu bedenken, dass es durchaus einen Unterschied macht, ob der Anbieter keinerlei AGB-Text übermittelt und der Kunde sich ausschließlich aus eigenem Antrieb um die Einsichtnahme in die AGB bemühen muss oder ob der Anbieter von sich aus zumindest auf die Bereitstellung des AGB-Textes auf seiner Webseite hinweist und vom Kunden lediglich erwartet, diesen Text durch einen Mausklick sichtbar zu machen. Immerhin ist es bei einer Online-Warenbestellung unzweifelhaft, dass dem Kunden technisch die Möglichkeit offen steht, online auch in die AGB Einsicht zu nehmen.

Das Aktivieren eines Links ist dem Kunden auch zuzumuten: Da der Kunde ohnehin online sein muss, um das Bestellformular auf der Webseite auszufüllen, bedarf es für die Einsichtnahme in die AGB lediglich eines einzigen Mausklicks, um den Link zu befolgen. Es ist also bloß eine Frage von Sekunden, bis der AGB-Volltext sichtbar gemacht werden kann.⁴⁵³ Im Gegensatz zu der Konstellation, dass die AGB für den Kunden erst nach Rückfrage erhältlich sind, verhält es sich auch nicht so, dass dem Kunden der Text zunächst vorenthalten wird. Vielmehr werden dem Kunden bereits mit dem Bestellformular und dem darauf enthaltenen Link alle nötigen Informationen mitgeteilt, um die AGB tatsächlich zur Kenntnis nehmen zu können. Mithin ist es ausreichend, wenn der Anbieter dem Kunden statt des gesamten AGB-Textes bloß einen Link zur Verfügung stellt, anhand dessen der Kunde die Webseite mit den

⁴⁵² Im Ergebnis ebenso *Kamanabrou*, CR 2001, 421 (422); *Koehler*, MMR 1998, 289 (292); *Löhnig*, NJW 1997, 1688 (1689), allerdings alle in Bezug auf das deutsche Recht, d.h. auf § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG aF..

⁴⁵³ *Löhnig*, NJW 1997, 1688 (1689).

AGB aufrufen kann. An der Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme der AGB bestehen also bei Bereitstellung eines Links keine Bedenken.⁴⁵⁴

(3) Nachträgliche Abänderbarkeit elektronischer AGB

Schließlich könnte der Umstand, dass elektronische AGB nachträglich geändert werden können, der Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme entgegenstehen. Insoweit ist zuzugeben, dass es dem Verwender elektronischer AGB ein Leichtes ist, den Text nach Abschluss des Vertrages zu verändern, ohne dass der Kunde dies bemerken würde. Dies ist jedoch letztlich keine Problematik, die es im Rahmen der Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme zu erörtern gilt. Vielmehr handelt es sich dann um einen Fall des Betruges.⁴⁵⁵ Das Risiko der nachträglichen Änderung des AGB-Textes ist im Übrigen nicht dem Vertragsabschluss im Internet eigentümlich, sondern besteht gleichermaßen auch bei den Geschäften des Massenverkehrs, wenn die AGB dem Kunden nicht ausgehändigt werden, sondern bloß an der Kasse zur Einsicht aushängen oder ausliegen.⁴⁵⁶ Auch in diesem Fall bestehen an der Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme trotz der für den Kunden unmerklichen nachträglichen Abänderbarkeit der AGB gemeinhin keine Bedenken.⁴⁵⁷

bb) Einbeziehung von AGB im Rahmen einer Email-Korrespondenz

Bei der Einbeziehung von AGB im Rahmen einer Email-Korrespondenz ist ebenfalls zu beachten, dass keine einheitliche Vertragsurkunde existiert, sondern dass es sich um Vertragsverhandlungen handelt, bei denen sich die relevanten Erklärungen in verschiedenen Emails befinden. Bei einem Vertragsschluss per Email kann der Verwender den AGB-Text in die Angebots-Email direkt einfügen, die er an den Kunden schickt. Des Weiteren besteht die Möglichkeit, den AGB-Volltext als Datei in einer Anlage zu übersenden, die der Email angehängt ist, sofern nur ein ausdrücklicher Hinweis im Schreiben selbst auf die AGB im Anhang erfolgt. Auch hier gilt, dass etwaige Telefonkosten, die durch das Lesen der AGB am Bildschirm entstehen, die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme nicht beeinträchtigen. So ist im Anwendungsbereich der ECRL zu beachten, dass ein Diensteanbieter von der Pflicht

⁴⁵⁴ Ebenso *Ernst*, JuS 1997, 776 (777); *Gruber*, DB 1999, 1437 (1439); *Köhler*, NJW 1998, 185 (189); *Köhler/Arndt*, S. 86f.; *Mehring*, BB 1998, 2373 (2378), *Waldenberger*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 13.4, Rn. 179, allerdings alle in Bezug auf § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG aF..

⁴⁵⁵ *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (378); *Waldenberger*, BB 1996, 2365 (2369).

⁴⁵⁶ Dies übersieht *Waldenberger*, BB 1996, 2365 (2368). Wie hier hingegen *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (378).

⁴⁵⁷ Vgl. etwa *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (378); *Palandt-Heinrichs*, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 34, beide allerdings im Hinblick auf § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG aF..

des Art. 10 Abs. 3 ECRL auch dann nicht entbunden ist, wenn der Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation, also etwa im Rahmen einer Email-Kommunikation, geschlossen wird. Dies ergibt sich aus Art. 10 Abs. 4 ECRL. Jene Möglichkeit, die AGB zu speichern und erst nach Trennung der Internet-Verbindung zu lesen, muss dem Kunden also auch dann gegeben werden, wenn die AGB als Teil eines Email-Textes oder aber als Anlage einer Email vom Verwender übersandt werden. Aber auch ungeachtet der Verpflichtungen aus der E-Commerce-Richtlinie ist bei Emails zu bedenken, dass der Email-Text und erst recht eine Textdatei, die sich im Anhang befindet, auch offline gelesen werden. Die Telefonkosten können demnach vernachlässigt werden.

Schließlich kann der Anbieter in seine Email einen Link auf eine Webseite einfügen, auf welcher der AGB-Text vom Kunden abgerufen werden kann. Dass auch die letztgenannte Vorgehensweise, die Verwendung eines bloßen Links, eine Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme eröffnet, wurde bereits erörtert. Auf jene Ausführungen wird verwiesen.

cc) Ergebnis

Die wirksame Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel in AGB ist auch bei einem Vertragsabschluss im Internet möglich. Die Parteien können sowohl bei einem Vertragsabschluss durch das Austauschen von Emails als auch bei einer Online-Bestellung auf einem Bestellformular den einheitsrechtlichen Anforderungen an die wirksame Einbeziehung von AGB gerecht werden. Die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme der AGB scheitert dabei nicht daran, dass der Verwender der AGB bloß einen Link auf eine Webseite mit dem AGB-Volltext bereitstellt. Auch die durch das Lesen der AGB am Bildschirm möglicherweise verursachten Telefonkosten stehen der Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme nicht entgegen.

c) Besonderheiten bei Verwendung fremdsprachiger AGB

Im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr drängt sich allerdings die Frage auf, ob die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme auch dann besteht, wenn die AGB in einer für den Vertragspartner fremden Sprache abgefasst sind. Der EuGH hat diese Frage bislang trotz einer Vorlage seitens des BGH⁴⁵⁸ offen gelassen.⁴⁵⁹ Zwar hat er in Bezug auf Gerichtsstandsvereinbarungen iSd. EuGVÜ entschieden, dass im Anwendungsbereich des Art. 17 EuGVÜ

⁴⁵⁸ BGH IPRax 1992, 373 ff..

⁴⁵⁹ EuGH, Urteil vom 29.6.1994, Rs. C-288/92 – *Custom Made Commercial*, Slg. 1994, I-2913.

allein das europäische Konventionsrecht maßgebend sei und der nationale Gesetzgeber folglich nicht die Verwendung einer bestimmten Sprache vorschreiben dürfe.⁴⁶⁰ Zu den einzelnen Voraussetzungen einer wirksamen Einbeziehung von fremdsprachigen AGB hat sich das Gericht jedoch noch nicht geäußert. Mangels einer grundsätzlichen Entscheidung des EuGH herrscht daher Unklarheit darüber, ob die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme auch dann bejaht werden kann, wenn es sich um fremdsprachige AGB handelt.⁴⁶¹

Diese Frage wird in der deutschen Rechtsprechung und Literatur insbesondere für das interne deutsche Recht diskutiert. Die insoweit vertretenen Ansätze lassen sich jedoch gleichermaßen auch im Rahmen des Art. 23 EuGVVO heranziehen. Die Frage nach der Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme von fremdsprachigen AGB unterscheidet sich im vorliegenden Kontext letztlich nicht von der Frage nach der Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme im deutschen Recht. Daher sollen die in der deutschen Diskussion zum internen deutschen Recht vertretenen Ansätze im Folgenden auf ihre Tauglichkeit für die Anwendung auch auf solche elektronischen AGB untersucht werden, die der Vereinbarung eines Gerichtsstandes iSd. Art. 23 EuGVVO dienen.

aa) Vom Kunden nachweislich beherrschte Sprache

Nach einer Ansicht ist eine Kenntnisnahme im Hinblick auf die verwendete Sprache dann möglich und auch zumutbar, wenn die AGB in einer Sprache abgefasst sind, die der Kunde nachweislich beherrscht.⁴⁶² Dies ist zweifelsohne dann gegeben, wenn die AGB in der Muttersprache des Kunden abgefasst sind.⁴⁶³ Aber auch eine Fremdsprache, die dem Kunden geläufig ist, soll für die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme ausreichen.⁴⁶⁴

Dieser Ansatz ist bei einem Vertragsabschluss im Internet jedoch wenig hilfreich. Gerade bei einem Vertrag, der durch das Übermitteln eines Bestellformulars und eine automatisierte Annahmeerklärung zustande kommt, wird nämlich mangels eines persönlichen Kontakts zwischen dem Verwender der AGB und dem Kunden weder ersichtlich, welche Sprache die Muttersprache des Kunden ist, noch, welche Fremdsprache er nachweislich beherrscht. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die kommerzielle Webseite des Anbieters letztlich in allen

⁴⁶⁰ EuGH, Urteil vom 24.6.1981, Rs. 150/80 – *Elefanten Schuh / Jacqmain*, Slg. 1981, 1671 Rn. 26.

⁴⁶¹ Vgl. BGH IPRax 1992, 373 (376); *Kohler*, IPRax 1991, 299 (302).

⁴⁶² OLG Hamburg, NJW 1980, 1232 (1233); MK-BGB-*Spellenberg*, Art. 31 EGBGB Rn. 43; *Rott*, ZVglRWiss 98 (1999), 382 (389f.); *Wolf/Horn/Lindacher-Wolf*, § 2 Rn. 42.

⁴⁶³ *Moritz*, CR 2000, 61 (65); MK-BGB-*Spellenberg*, Art. 31 EGBGB Rn. 39.

⁴⁶⁴ OLG Hamburg, NJW 1980, 1232 (1233); MK-BGB-*Spellenberg*, Art. 31 EGBGB Rn. 43.

Staaten der Welt abgerufen werden kann, lassen sich über die Sprachkenntnisse der potentiellen Vertragspartner bei Abfassung des AGB-Textes noch keine Aussagen treffen.

bb) Sprache am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kunden

Daher wird im Hinblick auf Distanzgeschäfte teilweise gefordert, auf die Sprache am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kunden abzustellen.⁴⁶⁵ In der Tat kann der gewöhnliche Aufenthaltsort des Kunden bei einem Vertragsabschluss via Internet anhand der auf dem Bestellformular anzugebenden Liefer- und Rechnungsadresse für eine Warensendung festgestellt werden. Allerdings ist zu bedenken, dass diese Information keinen verlässlichen Rückschluss auf die sprachlichen Fähigkeiten des Kunden erlaubt. Schließlich kann es sich um einen Ausländer in dem betreffenden Staat handeln, der die Sprache seines derzeitigen Aufenthaltsortes gar nicht beherrscht.

Aber selbst unter der Prämisse, dass man ungeachtet dessen die zumutbare Kenntnisnahme bejaht, hilft dieser Ansatz angesichts der zeitlichen Abläufe nicht weiter. Denn die AGB müssen dem Kunden bereits dann zur Verfügung stehen, wenn der Kunde den Bestellvorgang vornimmt und damit das Angebot erklärt. Der Verwender der AGB wird über den gewöhnlichen Aufenthaltsort seines Kunden aber erst in dem Bestellformular aufgeklärt, also zu einem Zeitpunkt, zu dem er den AGB-Text für seinen Kunden schon zur Kenntnisnahme bereithalten sollte. Die AGB müssen dem Kunden also schon zur Verfügung stehen, bevor der Verwender überhaupt weiß, welchen Aufenthaltsort sein Kunde hat und welche Sprache er demnach aller Wahrscheinlichkeit nach beherrscht. Insofern hat der Verwender der AGB nicht die Möglichkeit, sich bei Auswahl der Sprachfassung seiner AGB am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kunden zu orientieren und daraus Rückschlüsse auf dessen sprachliche Fähigkeiten zu ziehen.

cc) Verwendung einer Weltsprache

Des Weiteren wird vertreten, dass der Verwender sich darauf verlassen darf, dass die Abfassung der AGB in einer der Weltsprachen eine zumutbare Kenntnisnahme ermöglicht.⁴⁶⁶ Dies gilt allerdings nur im internationalen Handelsverkehr und wird zum Teil auf die Kenntnis der englischen Sprache eingeschränkt.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ *Mankowski*, VuR 2001, 359 (367).

⁴⁶⁶ OLG Hamburg NJW 1980, 1232 (1233); OLG Hamm NJW 1983, 523 (524); Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 59.

⁴⁶⁷ Vgl. OLG Karlsruhe, DZWIR 1994, 70 (71); OLG Koblenz, IPRax 1994, 46 (48); *Drobnig*, FS Mann (1977), S. 591 (607); *Heermann*, K&R 1999, 6 (10); *Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer*, § 2 Rn. 51; *Wolf/Horn/Lindacher-Wolf*, § 2 Rn. 28.

In der Tat ist Englisch im Internet die am weitesten verbreitete Sprache.⁴⁶⁸ Insofern leuchtet es durchaus ein, dass für Internet-Verträge eine Verwendung englischsprachiger AGB als ausreichend erachtet wird. Einschränkend ist jedoch darauf hinzuweisen, dass dies nur dann gelten kann, wenn der anderen Partei die Kenntnis der englischen Sprache oder einer sonstigen Weltsprache unterstellt werden kann. Dies ist in der Tat nur bei solchen Vertragspartnern möglich, die ihrerseits im internationalen Handelsverkehr tätig sind, und ferner in Abhängigkeit von der Branche zu beurteilen, in der die Vertragspartner tätig sind. Hingegen kann keinesfalls davon ausgegangen werden, dass auch jeder Verbraucher zwingend des Englischen oder einer sonstigen Weltsprache mächtig ist.⁴⁶⁹ Die Annahme, dass die Verwendung englischer AGB oder AGB in einer anderen Weltsprache eine Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme darstellt, kann insofern nur im internationalen Handelsverkehr gelten.

dd) Verhandlungs- und Vertragssprache

Übereinstimmung herrscht schließlich bei der Feststellung, dass die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme zumindest dann besteht, wenn die AGB in derselben Sprache zur Verfügung gestellt werden, in der auch die Vertragsverhandlungen geführt werden und der Vertragsabschluss erfolgt.⁴⁷⁰ Dieser Ansatz ist auch auf Internet-Sachverhalte ohne weiteres anwendbar.⁴⁷¹ Er hat gegenüber der Auffassung, dass zumindest im internationalen Handelsverkehr die Verwendung englischer AGB genügt, den Vorteil, dass der Verwender der AGB keine unterschiedliche rechtliche Beurteilung der zumutbaren Kenntnisnahme in Abhängigkeit davon fürchten muss, ob sein Vertragspartner ein Geschäftsmann oder aber ein Verbraucher ist.

Einschränkend wird allerdings darauf hingewiesen, dass diese Regel nur dann gelten können, wenn der Kunde in den Vertragsverhandlungen, die dem Vertragsabschluss vorausgegangen sind, auch tatsächlich den Eindruck ausreichender Sprachkenntnis erweckt hat.⁴⁷² Bei einem Vertragsabschluss im Internet ist dies zweifelhaft. Zumindest bei einem Vertragsschluss durch eine Warenbestellung auf einer kommerziellen Webseite drängt sich die Frage auf, ob der Kunde vor dem Vertragsschluss überhaupt irgendeinen Eindruck bei dem Verwender der

⁴⁶⁸ Vgl. *Mankowski*, VuR 2001, 259 (367), der Englisch als die „lingua franca“ des Internet bezeichnet.

⁴⁶⁹ Ebenso *MK-BGB-Spellenberg*, Art. 31 EGBGB Rn. 39.

⁴⁷⁰ BGHZ 187, 112 (114); BGH IPRax 1992, 373 (376); OLG Hamm, IPRax 1991, 324 (325); *Staudinger-Magnus*, Art. 31 EGBGB Rn. 106; *MK-BGB-Spellenberg*, Art. 31 EGBGB Rn. 40; *Schwarz*, IPRax 1988, 278 (280); *Schütze*, DB 1978, 2301 (2304); *Wolf/Horn/Lindacher-Wolf*, § 2 Rn. 42.

⁴⁷¹ Ebenso *Gruber*, DB 1999, 1437 (1440); *Koehler*, MMR 1998, 289 (293); *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839 (844); *Waldenberger*, BB 1996, 2365 (2369).

⁴⁷² *MK-BGB-Spellenberg*, Art. 31 EGBGB Rn. 40.

AGB erwecken kann. In solchen Fällen werden zwischen dem Verwender der AGB und dem Kunden nämlich gar keine direkten Verhandlungen geführt. Vielmehr ruft der Kunde nur die Webseite auf, füllt das Bestellformular aus und sendet es ab. Andererseits ist es aber für den Warenanbieter ersichtlich, dass der Kunde auf eine Webseite reagiert, die in einer ganz bestimmten Sprache abgefasst ist. Insofern darf der Verwender auch darauf vertrauen, dass der Kunde der betreffenden Sprache mächtig ist. Andernfalls könnte dieser die dort aufgeführten Warenbeschreibungen gar nicht studieren und insbesondere das Bestellformular gar nicht ausfüllen. Der Kunde muss sich insofern an dem von ihm gesetzten Anschein festhalten lassen, diese Sprache verstehen zu können.⁴⁷³ Die genannte Einschränkung, dass der Kunde tatsächlich den Anschein ausreichender Sprachkenntnis erweckt haben muss, steht demnach auch bei Internet-Verträgen nicht der Anwendbarkeit jenes Grundsatzes entgegen, wonach die AGB in der Verhandlungs- und Vertragssprache formuliert werden müssen.

ee) Ergebnis

Nach alledem ist festzuhalten, dass auch Gerichtsstandsklauseln in AGB, die in einer für den Kunden fremden Sprache abgefasst sind, wirksam in den Vertrag einbezogen werden können. Die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme der fremdsprachigen AGB besteht nach der hier vertretenen Auffassung zumindest dann, wenn die AGB in derselben Sprache formuliert sind, in der die Vertragsverhandlungen und der Vertragsschluss erfolgt. Dies gilt sowohl bei Vertragsverhandlungen und einem Vertragsschluss per Email als auch bei einer Warenbestellung auf einer kommerziellen Webseite. Sofern eine kommerzielle Webseite aus mehreren Sprachen zusammengesetzt ist, kommt es dabei auf diejenige Sprache an, in der das Bestellformular selbst formuliert ist, da dieses die für den Vertragsschluss erforderliche Erklärung des Kunden enthält.⁴⁷⁴

Etwas anderes dürfte allerdings im internationalen Handelsverkehr gelten: Dort reicht ferner die Verwendung englischsprachiger AGB aus, möglicherweise auch die Verwendung von AGB in einer anderen Weltsprache, sofern diese Weltsprache in der betreffenden Branche üblicherweise gesprochen wird.

Die gleichen Grundsätze bezüglich der zu verwendenden Sprache müssen dann konsequenterweise auch für den vom Verwender zu gebenden Hinweis auf die AGB gelten. Letzten Endes ist jedoch zu betonen, dass bei der Frage nach der wirksamen Einbeziehung fremdspra-

⁴⁷³ BGH NJW 1995, 190 (190f.); MK-BGB-Spellenberg, Art. 31 EGBGB Rn. 39.

⁴⁷⁴ Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (844).

chiger AGB noch eine erhebliche Rechtsunsicherheit herrscht, da es an einer grundlegenden Entscheidung des EuGH mangelt.⁴⁷⁵

d) Missbrauchskontrolle nach ungeschriebenem Einheitsrecht

Nach Feststellung der einheitsrechtlichen Voraussetzungen an eine wirksame Einbeziehung der AGB sind nun die Voraussetzungen an eine einheitsrechtliche Inhaltskontrolle zu klären. Wie bereits oben dargelegt, scheidet eine Inhaltskontrolle der AGB nach dem auf den Vertrag anwendbaren nationalen Recht, etwa den §§ 307-309 BGB im deutschen Recht, aus.⁴⁷⁶ Nichtsdestotrotz besteht grundsätzlich Bedarf an einer allgemeinen Missbrauchskontrolle zum Schutz des Kunden: Gerade bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird dem Kunden keine Gelegenheit gegeben, einzelne Klauseln mit dem Verwender der AGB zu erörtern, sondern er hat nur die Möglichkeit, die vorformulierten AGB entweder zu akzeptieren, wie sie sind, oder aber von dem Geschäft gänzlich Abstand zu nehmen. Da also der Kunde bei der Vertragsanbahnung gegenüber dem Verwender der AGB regelmäßig unterlegen ist, sollten zu seinem Schutz gewisse Kontrollmechanismen für die wirksame Einbeziehung von AGB bestehen. Dies gilt auch für Gerichtsstandsvereinbarungen iSd. Art. 23 EuGVVO, die durch Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel in AGB zustande kommen.

Zu erörtern ist demnach, anhand welchen Maßstabs eine Missbrauchskontrolle nach einheitlichem Gemeinschaftsrecht vorzunehmen ist. Dies ist noch weitgehend ungeklärt. Der EuGH hat bislang ebenso wenig wie die nationale Rechtsprechung allgemeine Grundsätze für eine einheitsrechtliche Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsklauseln iSd. Art. 23 EuGVVO bzw. des Art. 17 EuGVÜ entwickelt.

aa) Allgemeiner Maßstab für eine Missbrauchskontrolle

Betrachtet man den Wortlaut des Art. 23 Abs. 1 EuGVVO, so fällt auf, dass darin lediglich das Erfordernis einer „Vereinbarung“ ausdrücklich festgeschrieben ist. An diesem Merkmal orientiert sich die herrschende Meinung auch hinsichtlich einer einheitsrechtlichen Missbrauchskontrolle: Für Gerichtsstandsvereinbarungen müsse eine kritische Prüfung der Voraussetzung erfolgen, ob überhaupt eine „Vereinbarung“ iSd. Vorschrift, d.h. eine echte

⁴⁷⁵ Vgl. BGH IPRax 1992, 373 (376).

⁴⁷⁶ Vgl. Abschnitt B VII 2a im 1. Teil dieser Arbeit.

Willenseinigung der Parteien zustande gekommen ist.⁴⁷⁷ Im Rahmen dieser Prüfung sei daher auch zu untersuchen, ob die Vereinbarung als ein Produkt freier Willensbildung, d.h. ohne Zwang geschlossen wurde oder ob sie unter einem von der Rechtsordnung missbilligten Druck zustande gekommen ist, was dem Vereinbarungscharakter entgegenstünde.⁴⁷⁸ Teilweise wird die Missbrauchskontrolle in Rechtsprechung und Literatur auch auf die Rechtsgedanken von § 138 BGB, wonach ein sittenwidriges Rechtsgeschäft nichtig ist, und § 1025 Abs. 2 aF. ZPO gestützt, wonach ein Schiedsvertrag unwirksam ist, wenn eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, den anderen Teil zu seinem Abschluss oder zur Annahme von Bestimmungen zu nötigen, die ihr im Verfahren ein Übergewicht über den anderen Teil einräumen. Bei diesen Rechtsgedanken handele es sich um durchaus internationalisierungsfähige Wertungsmodelle.⁴⁷⁹ Ein anderer Ansatz beruft sich ferner auf Art. 4 Abs. 3 des nicht in Kraft getretenen Haager Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 25.11.1965⁴⁸⁰, wonach eine Zuständigkeitsvereinbarung dann unwirksam ist, wenn ihr Abschluss durch einen Missbrauch wirtschaftlicher Macht oder andere unlautere Mittel erreicht wurde.⁴⁸¹ Diese Norm begründe einen international verallgemeinerungsfähigen Grundsatz und sei insofern als eine institutionelle Schranke der Privatautonomie anzusehen, die allgemeine Geltung beanspruchen könne.⁴⁸²

Angesichts der verschiedenen Ansätze ist darüber zu entscheiden, ob Art. 23 EuGVVO tatsächlich eine Missbrauchskontrolle zulässt und welcher Maßstab für eine solche Kontrolle bei der Einbeziehung von AGB zugrunde zu legen ist. Zuallererst ist der Wortlaut des Art. 23 EuGVVO heranzuziehen. Der Voraussetzung, dass eine „Vereinbarung“ getroffen werden muss, ist dabei in der Tat zu entnehmen, dass eine echte Einigung der Parteien erfolgt sein muss. Beiden Parteien muss also die Möglichkeit der freien Willensbildung offen gestanden haben, ebenso wie die Möglichkeit, ihre eigenen Interessen im Rahmen des Einigwerdens zu vertreten. Dies ist dann nicht mehr gegeben, wenn eine Partei aufgrund ihrer besonderen Verhandlungsstärke der anderen Partei ihren Willen aufzwingen kann, ohne dass die andere Partei eine Handlungsalternative sieht. Der Wortlaut von Art. 23 EuGVVO zeigt also, dass das Zustandekommen der „Vereinbarung“ bereits aufgrund des Wortsinns gewissen Schranken un-

⁴⁷⁷ Kohler, IPRax 1983, 265 (270); Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, Anh. § 2 Rn. 115.

⁴⁷⁸ Kropholler, EuZPR, 6. Aufl., Art. 17 Rn. 83.

⁴⁷⁹ OLG Karlsruhe, NJW 1982, 1950 (1950); Kropholler, EuZPR, 6. Aufl., Art. 17 Rn. 83; MK-ZPO-Gottwald, Bd. 3, Art. 17 EuGVÜ Rn. 55.

⁴⁸⁰ Haager Übereinkommen über einheitliche Regeln betreffend die Gültigkeit und die Wirkungen von Gerichtsstandsvereinbarungen vom 25.11.1965. Vgl. die englische Fassung in Am. J. Comp. L. 13 (1964), 629 ff. bzw. die französische Fassung in *RebelsZ* 30 (1966), 743 ff..

⁴⁸¹ Kropholler, EuZPR, 6. Aufl., Art. 17 Rn. 83.

⁴⁸² Roth, IPRax 1992, 67 (69).

terliegt. Mit dieser Überlegung kann im Rahmen des Art. 23 EuGVVO bei Prüfung der Voraussetzung, dass eine „Vereinbarung“ vorliegen muss, eine Missbrauchskontrolle gerechtfertigt werden.

Auf Bedenken stößt indessen die Heranziehung der Rechtsgedanken von § 138 BGB und § 1025 Abs. 2 aF. ZPO als Maßstab für diese Missbrauchskontrolle. Beide Normen sind nationalen Ursprungs. Wie bereits oben festgestellt wurde, ist die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung im Rahmen des vereinheitlichten europäischen Prozessrechts jedoch nicht nationalen gesetzlichen Wertungen zu unterstellen. Zwar ist zu beachten, dass die deutschen Rechtsvorschriften nicht direkt angewendet werden sollen – zumal § 1025 Abs. 2 aF. ZPO inzwischen geändert wurde –. Jedoch kann auch der Rechtsgedanke einer nationalen Vorschrift nicht ohne weiteres auf eine gemeinschaftsrechtliche Norm angewendet werden, da auch der Rechtsgedanke von grundlegenden nationalen Rechtsauffassungen geprägt ist.⁴⁸³ Insofern erscheint der Verweis auf die Rechtsgedanken von § 138 BGB und § 1025 Abs. 2 aF. ZPO wenig gelungen.

Überzeugend ist demgegenüber der Hinweis auf Art. 4 Abs. 3 des Haager Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarungen von 1965. Obgleich das gesamte Übereinkommen mangels Ratifizierung nie in Kraft getreten ist, so belegt die Vorschrift dennoch, dass zumindest ein internationaler Konsens des Inhalts erreicht wurde, dass eine Vereinbarung, die durch den Einsatz missbräuchlicher wirtschaftlicher Mittel oder sonst durch unlautere Mittel zustande gekommen ist, keine Wirksamkeit entfalten kann. Der Rechtsgrundsatz aus Art. 4 Abs. 3 des Haager Übereinkommens von 1965 kann demnach durchaus als Maßstab für eine einheitsrechtliche Missbrauchskontrolle dienen.

Nach alledem ist im Rahmen der Prüfung, ob tatsächlich eine Vereinbarung iSd. Art. 23 EuGVVO geschlossen wurde, das Augenmerk ganz im Sinne einer Missbrauchskontrolle auch darauf zu richten, ob zwischen den Parteien eine echte Willenseinigung zustande gekommen ist. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn die Vereinbarung ohne den Einsatz missbräuchlicher wirtschaftlicher Mittel oder durch sonstige unlautere Mittel, etwa besonderen Druck oder gar Zwang, erfolgte. Im Übrigen ist anzumerken, dass es sich bei diesem Grundsatz ohnehin um eine allgemeine Geltung beanspruchende Schranke der Privatautonomie handelt: Bei Einsatz von Druck oder Zwang seitens der einen Partei kann nicht mehr von einer autonomen Entscheidung der anderen Partei gesprochen werden.⁴⁸⁴

⁴⁸³ Ebenso *Roth*, IPRax 1992, 67 (69); *Soergel-Kronke*, Art. 38 EGBGB Anh. IV Rn. 87.

⁴⁸⁴ Ebenso *Roth*, IPRax 1992, 67 (69).

bb) Konkretisierung durch Anwendung der Vorgaben in der Klausel-Richtlinie

Der soeben gefundene Maßstab für die Missbrauchskontrolle könnte durch die Vorgaben der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, namentlich durch deren Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 iVm. Nr. 1 lit. q des Anhangs, weiter konkretisiert worden sein. Gem. Art. 3 Abs. 1 der Klausel-Richtlinie ist eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht. Nach Nr. 1 lit. q des Anhangs der Richtlinie gilt dies etwa für Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass dem Verbraucher die Möglichkeit, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen oder sonstige Beschwerdemittel zu ergreifen, genommen oder erschwert wird. Mit diesen Vorgaben der Klausel-Richtlinie hat sich der EuGH erst kürzlich in einem Urteil befasst.⁴⁸⁵ Der Streit über die einheitsrechtliche Missbrauchskontrolle von AGB hat dadurch neue Aktualität erhalten.⁴⁸⁶

(1) Rechtsprechung des EuGH im Urteil *Océano Grupo Editorial*

In seinem Urteil *Océano Grupo Editorial* hat der Gerichtshof das Vorgehen eines nationalen Gerichts für zulässig erklärt, anhand der Vorgaben der Klausel-Richtlinie von Amts wegen die Missbrauchskontrolle einer Gerichtsstandsklausel vorzunehmen. Dem Urteil lag ein Vertrag zwischen einer spanischen Gesellschaft und einem spanischen Verbraucher zugrunde, der eine Klausel über die gerichtliche Zuständigkeit am Ort des Sitzes der Gesellschaft enthielt. Der EuGH entschied, dass das nationale Gericht bei Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften den Wortlaut und den Zweck der Richtlinie berücksichtigen müsse. Das Erfordernis der richtlinienkonformen Auslegung verlange dabei insbesondere, dass das nationale Gericht derjenigen Auslegung seiner nationalen Rechtsvorschriften den Vorzug gebe, die es ihm ermögliche, seine Zuständigkeit von Amts wegen zu verneinen, wenn diese durch eine missbräuchliche Klausel vereinbart worden sei. Es folgen Ausführungen des EuGH darüber, ob es sich bei der in Rede stehenden Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien tatsächlich um eine missbräuchliche Klausel iSd. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie handelt. Unter Würdigung aller

⁴⁸⁵ EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 – *Océano Grupo Editorial*, Slg. 2000, I-4941.

⁴⁸⁶ Vgl. etwa die Urteilsanmerkung von *Staudinger*, DB 2000, 2058 ff.; ferner *Schlosser*, EuZPR, 2. Aufl., Art. 23 Rn. 31.

Umstände und mit Hinweis auf Art. 3 Abs. 3 iVm. Nr. 1 lit. q des Anhangs der Richtlinie wird dies bejaht.⁴⁸⁷

Die Entscheidung des EuGH hat zwar einen reinen Inlandssachverhalt ohne Auslandsbezug zum Gegenstand. Nichtsdestotrotz wirft sie die Frage auf, ob die inhaltlichen Ausführungen des Gerichtshofes zur Missbrauchskontrolle einer Gerichtsstandsklausel nicht auch auf Sachverhalte mit Auslandsbezug zu übertragen sind, d.h. insbesondere auf solche Fälle, die Art. 23 EuGVVO unterfallen. Das würde bedeuten, dass Art. 3 Abs. 1 der Klausel-Richtlinie als einheitlicher gemeinschaftsrechtlicher Maßstab im Rahmen der Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen iSd. Art. 23 EuGVVO heranzuziehen wäre und die allgemeinen Grundsätze der Kontrolle näher ausgestaltet würde. Zwar würde auf diese Weise letztlich doch wieder nationales Recht auf die Prüfung der Wirksamkeit von Gerichtsstandsklauseln angewendet, nämlich diejenigen nationalen Rechtsvorschriften, in denen die Klausel-Richtlinie in den Mitgliedstaaten der EU umgesetzt wurde. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass ein solches Vorgehen in der vorliegenden Konstellation deswegen keine Probleme aufwirft, weil der Maßstab der Missbrauchskontrolle durch die Richtlinie ohnehin vereinheitlicht worden ist. Das bedeutet wiederum, dass die nationalen Vorschriften richtlinienkonform auszulegen sind, so dass trotz der Anwendung nationalen Rechts im Ergebnis eigentlich keine unterschiedlichen Beurteilungen der Wirksamkeit einer Gerichtsstandsklausel erfolgen dürften.⁴⁸⁸

Dennoch sind die Meinungen über eine Anwendung der Klausel-Richtlinie auf Gerichtsstandsvereinbarungen in Auslandsfällen geteilt.⁴⁸⁹ Ungeklärt ist vor allem, ob die Richtlinie überhaupt Vorgaben für die Kontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen iSd. EuGVVO machen kann. Dies hängt entscheidend davon ab, ob die EG-Richtlinie Vorrang vor den europäischen Vorschriften über die Gerichtszuständigkeit genießt.⁴⁹⁰ Der EuGH hat zu dieser Frage bislang nicht Stellung genommen. Zwar hat er sich in mehreren Entscheidungen mit Gerichtsstandsvereinbarungen unter Kaufleuten befasst.⁴⁹¹ Auf solche Vereinbarungen findet die Klausel-Richtlinie mangels Vorliegen eines Vertrages zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern iSd. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG jedoch ohnehin keine Anwendung. Zur Klärung der Frage ist also auf allgemeine Grundsätze zurückzugreifen.

⁴⁸⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 – *Océano Grupo Editorial*, Slg. 2000, I-4941 Rn. 15-24.

⁴⁸⁸ Ebenso *Staudinger*, DB 2000, 2058 (2059).

⁴⁸⁹ Befürwortend *Staudinger*, DB 2000, 2058 (2059). Ablehnend *Borges*, RIW 2000, 933 (939).

⁴⁹⁰ Problematisiert, aber offengelassen bei *Borges*, RIW 2000, 933 (938).

⁴⁹¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 3.7.1997, Rs. C-269/95 – *Benincasa / Dentalkit*, Slg. 1997, I-3767; Urteil vom 20.2.1997, Rs. C-106/95 – *MSG*, Slg. 1997, I-911; Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – *Trasporti Castelletti*, Slg. 1999, I-1597.

(2) Das Normenverhältnis zwischen der EuGVVO und der Klausel-Richtlinie

Die EuGVVO ist genuines sekundäres Gemeinschaftsrecht, so dass die gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsgrundsätze gelten.⁴⁹² Hierbei ist zunächst zu beachten, dass die Verordnung und die Richtlinie als sekundäres Gemeinschaftsrecht normenhierarchisch grundsätzlich auf der gleichen Ebene stehen. Abgesehen von der Unterscheidung zwischen den verbindlichen Rechtsakten auf der einen Seite, d.h. Verordnung, Richtlinie und Entscheidung, und den nicht verbindlichen Stellungnahmen und Empfehlungen auf der anderen Seite legt Art. 249 EG keine Normenhierarchie zwischen den Akten des Sekundärrechts fest.⁴⁹³ Eine EG-Verordnung kann einer EG-Richtlinie also nicht etwa deswegen vorgehen, weil sie in den Mitgliedstaaten unmittelbare Geltung beansprucht, wohingegen die Richtlinie eines Aktes der Umsetzung bedarf.

(a) Lex posterior-Prinzip

Einschlägig ist aber das Lex posterior-Prinzip⁴⁹⁴, wonach der spätere Rechtsakt dem früheren vorgeht.⁴⁹⁵ Die Richtlinie wurde 1993 beschlossen, die EuGVVO erst im Jahre 2000. Demzufolge ist aufgrund der zeitlichen Umstände von einem Vorrang der EuGVVO als dem späteren Rechtsakt gegenüber der Klausel-Richtlinie auszugehen.

(b) Grundsatz der Spezialität

Des Weiteren ist anhand des Grundsatzes der Spezialität⁴⁹⁶ zu klären, ob nicht Art. 23 EuGVVO als die speziellere Norm den Regelungen in der Klausel-Richtlinie vorgeht.⁴⁹⁷ Dabei ist zunächst auf Ziel und Zweck der beiden Rechtsakte einzugehen. Die EuGVVO hat zum Ziel, die Vorschriften über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen zu vereinheitlichen und damit den freien Verkehr der Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen zu gewährleisten.⁴⁹⁸ Zweck der Klausel-Richtlinie ist gem. ihrem Art. 1 Abs. 1 die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über missbräuchliche Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und

⁴⁹² *Borges*, RIW 2000, 933 (938).

⁴⁹³ *Streinz*, Rn. 376.

⁴⁹⁴ *Bleckmann*, Rn. 526; *Grabitz/Hilf-Nettesheim*, Art. 249 EGV Rn. 234; *Groeben/Schwarze-Schmidt*, Art. 249 EGV Rn. 24.

⁴⁹⁵ Ebenso *Borges*, RIW 2000, 933 (938).

⁴⁹⁶ *Bleckmann*, Rn. 526; *Grabitz/Hilf-Nettesheim*, Art. 249 EGV Rn. 234.

⁴⁹⁷ Offengelassen bei *Borges*, RIW 2000, 933 (938).

⁴⁹⁸ Vgl. Erwägungsgrund 6 der EuGVVO, ABLEG Nr. L 12 vom 16.1.2001, S. 1.

Verbrauchern. Die EuGVVO hat also die Regelung der gerichtlichen Zuständigkeit zum Gegenstand, wohingegen die Klausel-Richtlinie dem Verbraucherschutz Vorschub leisten soll. In Bezug auf Vereinbarungen über die gerichtliche Zuständigkeit ist des Weiteren festzuhalten, dass die EuGVVO derjenige Rechtsakt ist, der hierfür eine ausdrückliche Regelung enthält, nämlich den Abschnitt 7, d.h. die Artt. 23, 24 EuGVVO. In der Klausel-Richtlinie finden Gerichtsstandsvereinbarungen demgegenüber keine ausdrückliche Erwähnung. Sie lassen sich lediglich unter Zugrundelegung von Art. 3 Abs. 3 iVm. Nr. 1 lit. q des Anhangs als von der Richtlinie erfasste Vertragsklauseln ansehen, wobei selbst dies bis zur oben genannten Entscheidung des EuGH Gegenstand kontroverser Diskussionen in Rechtsprechung und Literatur war.⁴⁹⁹ Schließlich werden in Art. 23 EuGVVO verschiedene Wirksamkeitsvoraussetzungen für Gerichtsstandsvereinbarungen aufgezählt, während in Art. 3 der Klausel-Richtlinie nur ein einzelner Aspekt, nämlich die Missbräuchlichkeit der Vertragsklausel als Maßstab für die Prüfung der Wirksamkeit genannt wird. Nach alledem enthält die EuGVVO im Hinblick auf die Wirksamkeitsvoraussetzungen von Gerichtsstandsvereinbarungen eindeutig die speziellere Regelung.

Allerdings lässt sich gegen diese Schlussfolgerung einwenden, dass Art. 23 EuGVVO gerade keine ausdrückliche Regelung für eine Missbrauchskontrolle im Besonderen enthält, während genau dies Gegenstand des Art. 3 Abs. 1 der Klausel-Richtlinie ist. Hinsichtlich der Missbrauchskontrolle – für sich betrachtet – könnte man also doch davon ausgehen, dass die Klausel-Richtlinie die speziellere Regelung vorsieht. Jedoch darf nicht übersehen werden, dass der übergeordnete Regelungszweck der Missbrauchskontrolle iSd. Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG der Verbraucherschutz ist. Zum Schutz der Verbraucher enthält aber die EuGVVO ihrerseits Regelungen im Abschnitt 4, d.h. in den Artt. 15-17, von denen wiederum Art. 17 EuGVVO explizit Vorgaben für Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher macht.⁵⁰⁰ Demnach bleibt letztlich auch für den Verbraucherschutz im Rahmen von Gerichtsstandsvereinbarungen die EuGVVO der speziellere Rechtsakt. Selbst für die Missbrauchskontrolle ist Art. 3 der Klausel-Richtlinie folglich nicht als die speziellere Regelung anzusehen, zumal sie nicht auf Gerichtsstandsvereinbarungen im Besonderen ausgerichtet ist.

Dieses Ergebnis unterstreicht schließlich ein Blick auf die verschiedenen Rechtsgrundlagen der beiden Rechtsakte. Rechtsgrundlage der EuGVVO ist Art. 65 EG, welcher Maßnah-

⁴⁹⁹ Vgl. *Pfeiffer*, in: FS Schütze (1999), S. 671 ff. Bejahend Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 9 Rn. G 131 und Anh. Nr. 1q RiLi Rn. 213.

⁵⁰⁰ Vgl. dazu unten Abschnitt B VII 6 im 1. Teil dieser Arbeit.

men im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen erfasst. Rechtsgrundlage der Klausel-Richtlinie ist hingegen Art. 100a EGV (Maastrichter Fassung), der auf Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten gerichtet ist, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes iSd. Art. 7a EGV zum Gegenstand haben. Im Vergleich zu Art. 100a EGV ist Art. 65 EG die speziellere Rechtsgrundlage: Sie benennt explizit die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen und steht damit der in Rede stehenden Problematik der Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Gerichtsstandsvereinbarung wesentlich näher als die Rechtsgrundlage für die Klausel-Richtlinie, welche die allgemeine Rechtsvereinheitlichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes zum Gegenstand hat.

(3) Ergebnis

Abschließend ist demnach festzuhalten, dass sowohl das Lex-posterior-Prinzip als auch der Grundsatz der Spezialität zu dem Ergebnis führen, dass die EuGVVO den Vorrang vor der Klausel-Richtlinie genießt. Mithin ist die Missbrauchskontrolle einer Gerichtsstandsklausel iSd. Art. 23 EuGVVO nicht anhand der Maßstäbe des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG durchzuführen, die über das vereinheitliche nationale Recht in den Mitgliedstaaten Anwendung finden. Allerdings bleibt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH in dieser Frage abzuwarten.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das gefundene Ergebnis nicht ohne weiteres auch auf Gerichtsstandsvereinbarungen gem. Art. 17 EuGVÜ übertragen werden kann. Das EuGVÜ stellt im Gegensatz zur EuGVVO ein völkerrechtliches Übereinkommen und kein genuines sekundäres Gemeinschaftsrecht dar.⁵⁰¹ Nach herrschender Meinung⁵⁰² geht aber das europäische Gemeinschaftsrecht allen völkerrechtlichen Übereinkommen vor, die in Ausführung des Art. 220 EGV (Maastrichter Fassung) geschlossen wurden. Ein Vorrang des EuGVÜ vor der Klausel-Richtlinie ist insofern fraglich.⁵⁰³

cc) Anwendungsfälle der Missbrauchskontrolle bei einem Vertragsschluss im Internet

Nach Klärung der Frage, welcher Maßstab für die Missbrauchskontrolle von AGB heranzuziehen ist, gilt es diesen Maßstab auf Vertragsabschlüsse im Internet anzuwenden. Gegenstand der Prüfung ist dabei die Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel iSd. Art. 23 Abs. 1

⁵⁰¹ Vgl. dazu Abschnitt B II 4 im 1. Teil dieser Arbeit, dort Fußnote 37.

⁵⁰² Hartley, S. 104; Groeben/Schwarze-Schwartz/Möller, Art. 293 EGV Rn. 48.

⁵⁰³ Vgl. zu dieser Problematik näher *Borges*, RIW 2000, 933 (937).

EuGVVO. Wie oben dargelegt, ist im Rahmen der einheitsrechtlichen Missbrauchskontrolle zu prüfen, ob zwischen den Parteien eine echte Willenseinigung zustande gekommen ist, die ohne den Einsatz missbräuchlicher wirtschaftlicher Mittel oder durch sonstige unlautere Mittel, etwa besonderen Druck oder gar Zwang, erfolgte.⁵⁰⁴ Einem Vertragsschluss via Internet ist eigentümlich, dass die Parteien keine Vertragsverhandlungen mit persönlichem Kontakt führen. Eine Einwirkung des AGB-Verwenders auf seinen Vertragspartner, die von diesem als Druck oder Zwang zu einer Zustimmung zu den AGB empfunden wird, ist daher eher unwahrscheinlich.

In der Tat ist zunächst festzustellen, dass für die Annahme eines Missbrauchs nicht der Umstand ausreicht, dass die Gerichtsstandsklausel seitens des Verwenders vorformuliert wurde und der Vertragspartner insofern keine Möglichkeit hatte, ihren Inhalt im Einzelnen auszuhandeln. Zwar bleibt dem Kunden in solchen Fällen nur ein eingeschränkter Handlungsspielraum. Jedoch darf nicht übersehen werden, dass ihm bei Vorlage von AGB, die ihm nicht zusagen, immer die Möglichkeit verbleibt, entweder bei einzelnen Klauseln doch noch eine Änderung zu veranlassen und sie damit in eine Individualabrede zu überführen oder aber den Vertragsabschluss gänzlich zu unterlassen. Der Kunde unterliegt bei der Vereinbarung des Gerichtsstandes also keinem Zwang, seine Zustimmung zu den AGB zu erklären, der als missbräuchlich von Seiten des AGB-Verwenders einzustufen wäre. Die Tatsache, dass die AGB vorformuliert sind, ist ja gerade das Eigentümliche an AGB und wird von der Rechtsordnung grundsätzlich gebilligt.

(1) Unlautere Gestaltung der Webseite

Einen Missbrauch könnte man bei Einbeziehung von AGB im Internet allerdings dann annehmen, wenn bei der Gestaltung der Webseite unlautere Mittel angewendet werden, um den Kunden dazu zu veranlassen, seine Zustimmung zu den AGB zu erklären. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn dem Kunden die Vorstellung vermittelt würde, die Zustimmung sei eine rein formale Angelegenheit, um Schritt für Schritt zum Vertragsabschluss vorzudringen, womit die rechtliche Bedeutung der Zustimmung verschleiert würde. Diese Überlegung liegt vor allem deswegen nahe, weil viele Webseiten technisch so ausgestaltet sind, dass das Bestellformular nur dann übermittelt werden kann, wenn die Zustimmung zu den AGB erklärt wurde. Andernfalls wird der Bestellvorgang abgebrochen. Aus Sicht des Kunden reduziert sich der Mausklick zur Zustimmung also auf eine rein technische Notwendigkeit, um die Bestel-

⁵⁰⁴ Vgl. Abschnitt B VII 4d aa im 1. Teil dieser Arbeit.

lung anschließend übermitteln zu können. Die rechtliche Relevanz dieses Mausklicks bleibt dem Kunden hingegen möglicherweise verborgen. Dennoch ist fraglich, ob eine derartige Konzeption der Webseite dem Warenanbieter als missbräuchlich unterstellt werden kann. Ein Anbieter von Waren im Internet hat gar keine andere technische Möglichkeit, die wirksame Einbeziehung von AGB bei einem elektronischen Vertragsschluss sicherzustellen. Oben wurde bereits dargelegt, dass eine wirksame Einbeziehung von AGB bei einer Online-Bestellung gerade durch einen Mausklick seitens des Kunden erfolgen kann. Mangels eines persönlichen Kontakts zwischen den beiden Vertragsparteien ist der Einbau einer technischen Sperre dabei für den Anbieter der einzige Weg, die Einbeziehung unter Einhaltung der Formvorschriften iSd. Art. 23 EuGVVO sicherzustellen. Dann kann aber selbiges dem Anbieter nicht als missbräuchlich vorgehalten werden. Eine entsprechende Konzeption der Webseite hält demnach der Missbrauchskontrolle stand.

Denkbar ist ferner der Fall, dass ein Internet-Nutzer bereits bei seinem ersten Besuch der Webseite eines Warenanbieters aufgefordert wird, ein Formular auszufüllen, mit dem schon im Hinblick auf künftige Vertragsschlüsse alle relevanten Kundendaten erhoben werden. Auf diesem Formular könnte der potentielle Kunde auch angehalten werden, seine generelle Zustimmung zu den AGB des Anbieters zu erklären. Dies wäre eine unlautere Maßnahme. Seitens des Kunden ist der Entschluss, einen Vertrag abzuschließen, vielleicht noch gar nicht endgültig ausgereift. Insofern kann nicht davon ausgegangen werden, dass er sich bereits bei Angabe seiner Personalien, die ja für sich genommen noch keine rechtlichen Auswirkungen hat, Gedanken über den Gerichtsstand macht und insoweit eine wohlüberlegte Entscheidung hinsichtlich seiner Zustimmung zu einer Gerichtsstandsklausel trifft. Dennoch wird versucht, ihn mit jener Zustimmung zu den AGB, die gleichsam aufs Geratewohl erklärt wird, eine rechtserhebliche Erklärung zu entlocken, die dann nach Abschluss eines Vertrages bindende Wirkung bekäme. Ein entsprechendes Vorgehen des AGB-Verwenders kann als missbräuchlich angesehen werden.

Ebenso wäre es unlauter, wenn der Anbieter seine Webseite durch zahlreiche per Mausklick zu aktivierende Anwendungen so ausgestaltet, dass der Nutzer gar nicht mehr überblicken kann, mit welchem Mausklick er rechtserhebliche Erklärungen abgibt und mit welchem Klick er sich lediglich auf eine neue Seite begibt. So finden sich etwa Internet-Auftritte im WWW, die unter Verwendung des Feldes „Weiter“ von einer Seite zur nächsten leiten, ohne darauf aufmerksam zu machen, bei welchem Mausklick eine rechtserhebliche Erklärung an den Warenanbieter übermittelt wird. Dies wird dem Kunden vielmehr erst nachträglich klar, wenn nach einem Mausklick auf den „Weiter“-Befehl etwa folgender Satz angezeigt wird:

„Wir danken für Ihre Bestellung, die umgehend von uns ausgeführt wird.“⁵⁰⁵ Ein ebensolches Vorgehen wäre auch bei der Zustimmung zu den AGB möglich. Zwar liegt es auf der Hand, dass eine entsprechende Ausgestaltung der Webseite den Vorgaben von Art. 10 Abs. 1 lit. a und c der E-Commerce-Richtlinie widersprechen würde. Gerade im Zusammenhang mit Gerichtsstandsklauseln ist es aber gar nicht gewährleistet, dass der Warenanbieter dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie überhaupt unterliegt und deren Vorgaben bei Gestaltung seiner Webseite berücksichtigen muss. Denn gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 1 EuGVVO muss nur eine der Parteien ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates haben; dies muss aber nicht unbedingt der Warenanbieter sein. Insofern ist durchaus denkbar, dass durch eine entsprechende Gestaltung der Webseite die Zustimmung zu den AGB unter Einsatz unlauterer Mittel zustande kommt.

(2) Ergebnis

Nach alledem ist auch bei einem Vertragsabschluss im Internet denkbar, dass der Verwender der AGB eine Einbeziehung der AGB auf missbräuchliche Weise zu erreichen versucht. Dies ist vor allem durch eine unlautere Gestaltung der Webseite möglich. Letztlich ist aber zu betonen, dass die einheitsrechtliche Missbrauchskontrolle bei der Einbeziehung von AGB ganz entscheidend von den Umständen des Einzelfalles abhängt, so dass sich pauschale Aussagen an dieser Stelle verbieten.

e) Kollidierende Gerichtsstandsklauseln in AGB

Gerichtsstandsvereinbarungen in AGB können ein besonderes Problem aufwerfen, wenn die beiden Parteien widersprüchliche AGB verwenden. So kann jede Partei in ihren eigenen AGB eine Klausel über den Gerichtsstand verfassen, wobei sich die bezeichneten Gerichtsstände jedoch unterscheiden. Dieses Problem kann auch im elektronischen Geschäftsverkehr auftreten. Zwar sind zahlreiche Webseiten inzwischen so konzipiert, dass der Nutzer per Mausklick bestätigen muss, dass er die AGB des Anbieters zur Kenntnis genommen und ihnen zugestimmt hat, bevor er eine Warenbestellung vornehmen kann. Für eine Einbeziehung seiner eigenen AGB ist dann kein Raum. Möglich ist jedoch, dass die Parteien per Email miteinander kommunizieren und auf diesem Wege jeweils auf ihre eigenen AGB Bezug nehmen.

⁵⁰⁵ So geschehen bei der Online-Bestellung von Computer-Zubehör auf der Webseite eines deutschen Computerhändlers.

In dieser Situation stellt sich die Frage, wessen AGB letztendlich vereinbart worden sind. Ein Ansatz in der Literatur besagt, dass zunächst das Vertragsstatut bestimmt werden muss, um dann die Lösungsansätze des nationalen Rechts auf die Problematik der widersprüchlichen Gerichtsstandsklauseln anwenden zu können.⁵⁰⁶ Diese Vorgehensweise ist jedoch abzulehnen. Die Frage, wessen AGB Geltung beanspruchen, ist eine Frage der wirksamen Einbeziehung. Wie oben dargelegt, richtet sich die wirksame Einbeziehung von AGB aber nicht nach dem Maßstab des anwendbaren nationalen Rechts, sondern nach einem einheitsrechtlichen Maßstab.⁵⁰⁷ Demnach ist auch für das angesprochene Problem der widersprüchlichen AGB ein einheitsrechtlicher Lösungsansatz zu entwickeln. Hierfür kann auf die Lösungswege zurückgegriffen werden, die für den internationalen Geschäftsverkehr entwickelt wurden. Eine richtungsweisende Rechtsprechung des EuGH liegt in dieser Frage allerdings nicht vor.⁵⁰⁸

aa) Einheitsrechtliche Lösungsansätze

Es existieren zwei grundlegend verschiedene Lösungsansätze zur Einbeziehung kollidierender AGB. Nach einem Ansatz werden die AGB nur insoweit Vertragsbestandteil, wie sie einander nicht widersprechen. Die kollidierenden AGB werden demgegenüber nicht in den Vertrag einbezogen, da angesichts ihres widersprüchlichen Inhalts nicht von einer Einigung der Parteien ausgegangen werden kann. Dieser Ansatz wird im internationalen Kontext als „Knock out rule“ bezeichnet.⁵⁰⁹ Er hat etwa in Art. 2.22 der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts⁵¹⁰ und in Art. 2:209 der Grundregeln des europäischen Vertragsrechts⁵¹¹, die von der Kommission für Europäisches Vertragsrecht erarbeitet wurden, seinen Ausdruck gefunden.⁵¹² Inhaltlich entspricht er dem deutschen Prinzip der Kongruenzgeltung, dem hierzulande die neuere Rechtsprechung⁵¹³ und die herrschende Lehre⁵¹⁴ folgen.

Der zweite Ansatz besagt, dass grundsätzlich die AGB derjenigen Partei gelten, die in zeitlicher Hinsicht das letzte Angebot gemacht hat, sofern dieses von der anderen Partei trotz

⁵⁰⁶ Boele-Woelki, BerDGesVöR 39 (2000), 307 (323).

⁵⁰⁷ Vgl. dazu Abschnitt B VII 4a im 1. Teil dieser Arbeit.

⁵⁰⁸ Darauf weist auch *Sieg* hin: RIW 1998, 102 (104).

⁵⁰⁹ Vgl. *Kroll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (737).

⁵¹⁰ UNIDROIT (Hrsg.): Principles of International Commercial Contracts, 1994.

⁵¹¹ „Grundregeln des europäischen Vertragsrechts“ der Kommission für Europäisches Vertragsrecht, ZEuP 2000, 675 ff., übersetzt von *Drobnig/Zimmermann/Wicke* (deutsche Übersetzung des Textes von *Lando/Beale*).

⁵¹² Im Vorentwurf für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch findet sich diese Regelung allerdings nicht wieder. Vgl. die Vorschrift über Allgemeine Geschäftsbedingungen in Art. 33 des Vorentwurfs für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch, ZEuP 2002, 139 (146).

⁵¹³ BGHZ 61, 282 (287); BGH NJW 1985, 1838 (1839); NJW 1991, 1604 (1606); OLG Karlsruhe, VersR 1990, 1282 (1283).

⁵¹⁴ Staudinger-Schlosser, § 2 AGBG Rn. 83; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 2 Rn. 98 ff.

der widersprüchlichen AGB konkludent durch Vorbereitungs- oder Erfüllungshandlungen angenommen worden ist. Dieser Ansatz, welcher der Theorie des letzten Wortes im deutschen Recht⁵¹⁵ entspricht, wird als „Last shot rule“ bezeichnet.⁵¹⁶ Er findet seinen Niederschlag in Art. 19 Abs. 1 CISG, der – zumindest nach international herrschender Meinung – auch auf kollidierende AGB Anwendung findet, sofern der Anwendungsbereich des CISG eröffnet ist.⁵¹⁷

bb) Anwendung auf den Vertragsschluss im Internet

Beide Lösungsansätze sind auf den Vertragsabschluss im Internet anzuwenden.

Nach der „Knock out rule“ werden kollidierende AGB angesichts der offenkundig fehlenden Einigung der Parteien keinesfalls wirksam in den Vertrag einbezogen. Widersprüchliche Gerichtsstandsklauseln können nach dieser Ansicht also nicht wirksamer Vertragsbestandteil werden. Im Ergebnis wird also gar kein Gerichtsstand vereinbart. Art. 23 EuGVVO ist bei kollidierenden AGB demnach nicht einschlägig.

Nach der „Last shot rule“ erlangt grundsätzlich die Gerichtsstandsklausel derjenigen Partei Geltung, die unter Zugrundelegung ihrer eigenen AGB das letzte Angebot abgegeben hat. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die andere Partei durch Erfüllungshandlungen eine konkludente Annahme dieses letzten Angebots erklärt. Diese Konstruktion hilft im vorliegenden Fall nicht weiter. Angesichts des Formerfordernisses für Gerichtsstandsvereinbarungen im Rahmen des Art. 23 EuGVVO ist eine konkludente Annahme des Angebots auf Einbeziehung der Gerichtsstandsklausel nicht möglich. Erforderlich sind gem. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO vielmehr elektronische Übermittlungen der Erklärungen beider Parteien, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen. Eine konkludente Erfüllungshandlung stellt aber unzweifelhaft keine elektronische Übermittlung iSd. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO dar. Demnach kann im Anwendungsbereich des Art. 23 EuGVVO auch die Zugrundelegung der „Last shot rule“ nicht zu der wirksamen Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel führen.

cc) Ergebnis

Als Ergebnis ist danach festzuhalten, dass das Vorliegen kollidierender Gerichtsstandsklauseln in AGB einer wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung iSd. Art. 23 EuGVVO entgegen-

⁵¹⁵ Vgl. dazu BGH LM § 150 BGB Nr. 3 und Nr. 6; OLG Köln, MDR 1971, 762 (763).

⁵¹⁶ Kroll/Hennecke, RIW 2001, 737 (739).

⁵¹⁷ Bianca/Bonell-Farnsworth, Art. 19 Anm. 2.5; Herber/Czerwenka, Art. 19 Rn. 11 ff.; Karollus, S. 70f..

gensteht. Dies gilt bei Anwendung der „Knock out rule“ gleichermaßen wie bei Anwendung der „Last shot rule“. Eine kritische Würdigung der beiden einheitsrechtlichen Lösungsansätze erübrigt sich damit. Sie wird jedoch an späterer Stelle bei Untersuchung der Rechtsanwendungsprobleme im UN-Kaufrecht Bedeutung erlangen.⁵¹⁸

5. Internationaler Handelsbrauch gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. c EuGVVO

Nachdem grundsätzliche Klarheit über die Möglichkeit einer Einbeziehung von AGB unter Einhaltung des Formerfordernisses gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a iVm. Abs. 2 EuGVVO geschaffen wurde, ist zu überlegen, ob eine elektronische Gerichtsstandsvereinbarung, die via Internet getroffen wird, nicht auch einen internationalen Handelsbrauch iSd. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. c EuGVVO darstellen kann.⁵¹⁹ Dies kommt zumindest für den kaufmännischen Geschäftsverkehr in Betracht.⁵²⁰ Wie bereits oben erörtert, hätte die Anwendung des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. c EuGVVO zwei entscheidende Vorteile. Zum einen hat der EuGH für den gleichlautenden Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. c EuGVÜ festgestellt, dass jene Vorschrift auch alle formellen und materiellen Voraussetzungen für die Einigung enthält, so dass in ihrem Anwendungsbereich keine Rechtsunsicherheit mehr über die Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Einigung der Parteien über den Gerichtsstand herrscht. Zum anderen setzt sie – im Gegensatz zu Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO – von vornherein keine schriftliche Vereinbarung oder Bestätigung voraus. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO kommt in ihrem Anwendungsbereich folglich nicht zur Geltung. Dies erspart den Parteien wiederum die Rechtsunsicherheiten, die mangels jeglicher Rechtsprechung des EuGH mit der Anwendung des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO einhergehen.⁵²¹

a) Elektronische Gerichtsstandsvereinbarungen als Handelsbrauch

Zu klären ist also, ob sich der Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen via Internet in der Praxis bereits als Handelsbrauch durchgesetzt hat. Ein Handelsbrauch besteht nur dann, wenn die in dem betreffenden Geschäftszweig tätigen Kaufleute bei Abschluss einer bestimmten Art von Verträgen allgemein und regelmäßig ein bestimmtes Verhalten befolgen.⁵²² Auf

⁵¹⁸ Vgl. unten Abschnitt B II 3b bb im 2. Teil dieser Arbeit.

⁵¹⁹ *Boele-Woelki*, BerDGesVöR 39 (2000), 307 (322); *Kaufmann-Kohler*, in: Boele-Woelki/Kessedjian (Hrsg.), S. 89 (126); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (219).

⁵²⁰ *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 23 EuGVVO Rn. 11.

⁵²¹ Vgl. dazu die Abschnitte B VII 2a und 2b im 1. Teil dieser Arbeit.

⁵²² EuGH, Urteil vom 20.2.1997, Rs. 106/95 – *MSG*, Slg. 1997, I-911 Rn. 23; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers*, Art. 23 EuGVVO Rn. 11; *Kropholler*, *EuZPR*, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 55; *Pichler*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Teil 31 Rn. 195.

eine formelle Kaufmannseigenschaft, etwa nach den Vorschriften des HGB, kommt es dabei nicht an.⁵²³ Ein internationaler Handelsbrauch muss auch nicht weltweit bestehen, sondern es genügt ein Bestehen in der Branche, in der sich die Parteien bei Vertragsabschluss betätigen.⁵²⁴

Unproblematisch erscheint es, elektronische Verträge als „eine bestimmte Art von Verträgen“ iSd. Definition anzusehen. Jedoch wird man derzeit den Abschluss elektronischer Gerichtsstandsvereinbarungen noch in kaum einer Branche als allgemeines und regelmäßiges Verhalten ansehen können. Eine Ausnahme könnte die Software-Branche darstellen, die sich schon aufgrund ihrer „elektronischen Ware“ als eine der ersten Branchen des E-Commerce langfristig etabliert hat und den Abschluss der Verträge zur Softwareüberlassung inzwischen weitestgehend via Internet vornimmt.⁵²⁵ Eine weitere Ausnahme könnte in der Automobilbranche zu finden sein, in der elektronische Handelsbeziehungen besonders ausgeprägt sein sollen, indem die Automobilkonzerne ihre Einkäufe auf virtuellen Plattformen über das Internet abwickeln.⁵²⁶ So wird bereits von der Entstehung eines virtuellen Weltmarktes für Autoteile gesprochen.⁵²⁷

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass es angesichts der allgemeinen wirtschaftlichen Rezession, die in besonderem Maße auch den elektronischen Geschäftsverkehr betrifft, schwer fällt, darüber zu urteilen, inwieweit sich im Internet tatsächlich Handelsbräuche auf Dauer etablieren werden. So wird von *Hoeren* bereits prognostiziert, dass nur wenige Zweige im E-Commerce überhaupt Überlebenschancen haben und sich bereits „Masseninsolvenzen“ abzeichnen.⁵²⁸ Allerdings wird herausgestellt, dass das Internet im B2B-Bereich, d.h. für Geschäftstransaktionen zwischen Unternehmen, gute Dienste leiste und sich die schlechten Ausichten eher auf den B2C-Bereich, d.h. auf den elektronischen Handel mit Verbrauchern beziehe. Da Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. c EuGVVO aber ohnehin nur den kaufmännischen Rechtsverkehr erfasst, steht diese Prognose der Bildung solcher Handelsbräuche also noch nicht von vornherein entgegen.

Ferner ist zu bedenken, dass zahlreiche Rechtsanwendungsprobleme im Internationalen Zivilprozessrecht und im Internationalen Privatrecht, wie sie die vorliegende Arbeit für grenzüberschreitende Verträge im Internet aufzeigt, die Rechtssicherheit im E-Commerce be-

⁵²³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, Art. 23 EuGVVO Rn. 11.

⁵²⁴ EuGH, Urteil vom 16.3.1999, Rs. C-159/97 – *Trasporti Castelletti*, Slg. 1999, I-1597 Rn. 27; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, Art. 23 EuGVVO Rn. 12.

⁵²⁵ Ähnlich *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (219).

⁵²⁶ *Boehme-Neßler*, *EWS* 2001, 149 (149).

⁵²⁷ *Boehme-Neßler*, *EWS* 2001, 149 (149). Dazu ferner *Jung*, in: *Der Spiegel* vom 17.4.2000, S. 84-87.

⁵²⁸ *Hoeren*, *NJW* 2002, 37 (37).

einträchtigt. Auch dies ist ein Faktor, der derzeit noch gegen die Bildung von Handelsbräuchen durch spezielle elektronische Vertragsabschlüsse im Internet unter Einbeziehung von Gerichtsstandsvereinbarungen spricht.

b) Ergebnis

Für den gegenwärtigen Zeitpunkt kann demnach lediglich mit der Feststellung geschlossen werden, dass die Einschätzung einer elektronischen Gerichtsstandsvereinbarung als Handelsbrauch für die allermeisten Branchen noch verfrüht wäre.⁵²⁹ Sie ist aber in Zukunft keinesfalls ausgeschlossen; die weitere Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs bleibt abzuwarten. Eine elektronische Gerichtsstandsvereinbarung wird dabei um so eher in den Rang eines Handelsbrauchs aufrücken, je mehr Verträge in einer bestimmten Branche über das Internet abgeschlossen werden.⁵³⁰

Bei Vorliegen einer ständigen Geschäftsbeziehung können elektronische Gerichtsstandsvereinbarungen via Internet ferner die besondere Formvorschrift des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. b EuGVVO erfüllen. Danach ist eine Vereinbarung auch dann formwirksam geschlossen, wenn sie in einer Form erfolgt, die einer zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheit entspricht. Dies setzt eine länger dauernde Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien und eine Übung von gewisser Dauer voraus.⁵³¹ Allerdings bietet diese Vorschrift keine besonderen Vorteile im Hinblick auf eine gesteigerte Rechtssicherheit für die Parteien. Die Feststellung der dauernden Geschäftsbeziehung und der längeren Übung ist letztlich vom Einzelfall und damit von der Einschätzung durch das angerufene Gericht im konkreten Rechtsstreit abhängig.

6. Besonderheiten bei Verbraucherverträgen gem. Art. 23 Abs. 5 iVm. Art. 17 EuGVVO

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass sich Besonderheiten hinsichtlich der Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen dann ergeben, wenn gem. Artt. 15, 16 EuGVVO eine Zuständigkeit bei Verbrauchersachen besteht. Dann ist zu beachten, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung nur in den von Art. 17 EuGVVO benannten Fällen möglich ist. Darauf weist die Vorschrift des Art. 23 Abs. 5 EuGVVO hin, indem sie solchen Gerichtsstandsvereinbarungen,

⁵²⁹ So auch *Pichler*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 195; *ders.*, in: Innenhauser/Wichtermann (Hrsg.), S. 229 (241); *Strömer*, S. 216.

⁵³⁰ Ebenso *Boele-Woelki*, BerDGesVöR 39 (2000), 307 (323); *Kaufmann-Kohler*, in: Boele-Woelki/Kessedjian (Hrsg.), S. 89 (126); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (219).

⁵³¹ *Kropholler*, *EuZPR*, 7. Aufl., Art. 23 Rn. 50.

die dem Art. 17 zuwiderlaufen, die rechtliche Wirkung abspricht. Nach Art. 17 EuGVVO kann von den Vorschriften der Artt. 15, 16 EuGVVO nur in drei Fällen durch eine Gerichtsstandsvereinbarung abgewichen werden: wenn die Vereinbarung nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen wird (Nr. 1); wenn sie dem Verbraucher die Befugnis einräumt, andere als die in Artt. 15, 16 EuGVVO angeführten Gerichte anzurufen (Nr. 2); oder wenn sie zwischen einem Verbraucher und seinem Vertragspartner, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Mitgliedstaat haben, getroffen ist und die Zuständigkeit der Gerichte dieses Mitgliedstaats begründet, es sei denn, dass eine solche Vereinbarung nach dem Recht dieses Mitgliedstaats nicht zulässig ist (Nr. 3).

Aus diesen Einschränkungen ergeben sich jedoch keine besonderen Probleme der Rechtsanwendung für Verträge im Internet. Eine Berücksichtigung der genannten Beschränkungen ist auch all jenen Vertragsparteien möglich, die im Internet miteinander kommunizieren.

7. Ergebnis

Der Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen via Internet begegnet trotz des Schriftformerfordernisses gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO keinen Bedenken. Das liegt an der besonderen Regelung des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO, wonach elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, der Schriftform gleichgestellt sind. Ob allerdings im Hinblick auf den Abschluss elektronischer Gerichtsstandsvereinbarungen auch das Vorliegen eines Handelsbrauchs iSd. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. c EuGVVO bejaht werden kann, ist derzeit noch fraglich.

Besondere Probleme der Rechtsanwendung stellen sich beim Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen dann, wenn die Parteien danach streben, Gerichtsstandsklauseln in AGB in ihren Vertrag einzubeziehen.

VIII. Zusammenfassung

Die bisherige Untersuchung der Rechtsanwendungsprobleme im vereinheitlichten europäischen Recht über die internationale Gerichtszuständigkeit hat gezeigt, dass bei der Anwendung des Kapitels II der EuGVVO zahlreiche Unklarheiten bestehen. Diese beruhen jedoch nur zum Teil auf dem Umstand, dass die grenzüberschreitenden Verträge, die den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden, im Internet abgeschlossen wurden.

Die Rechtsanwendungsprobleme sind letztlich auf zweierlei Gründe zurückzuführen. Zum einen ist der Umstand zu berücksichtigen, dass die EuGVVO erst am 1. März 2002 in Kraft getreten ist. Insofern kann in vielen Zweifelsfällen bei der Anwendung der Vorschriften nicht auf eine gefestigte Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden. Zum anderen stellen sich besondere Rechtsanwendungsprobleme deswegen, weil die Vorschriften nicht speziell für Vertragsabschlüsse via Internet konzipiert sind und deren technischen Besonderheiten folglich nicht ausreichend Rechnung tragen. Zwar sind einige Vorschriften des Kapitels II der EuGVVO ausdrücklich unter Berücksichtigung der Möglichkeit und Eigentümlichkeiten eines elektronischen Vertragsabschlusses formuliert worden, namentlich Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO und Art. 23 Abs. 2 EuGVVO. Dennoch können auch jene Vorschriften die bestehenden Rechtsanwendungsprobleme im europäischen Zuständigkeitsrecht hinsichtlich grenzüberschreitender Verträge im Internet nur zum Teil lösen.

C. Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit anhand der Vorschriften des EuGVÜ und LugÜ

Neben der EuGVVO enthalten das EuGVÜ und das LugÜ vereinheitlichte Vorschriften über die internationale Gerichtszuständigkeit. Seit Inkrafttreten der EuGVVO gelten die Vorschriften des EuGVÜ allerdings nur noch im Verhältnis zu Dänemark⁵³², zu den außereuropäischen Gebieten der Mitgliedstaaten iSd. Art. 299 EG, für die es in Kraft gesetzt worden ist, und für Altfälle gem. Art. 66 Abs. 2 EuGVVO. Die fast inhaltsgleichen Vorschriften des LugÜ finden Anwendung gegenüber der Schweiz, Island und Norwegen.⁵³³ Im Verhältnis zu allen Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme Dänemarks ist das EuGVÜ hingegen durch die EuGVVO abgelöst worden. Inhaltlich hat die EuGVVO allerdings viele Regelungen des EuGVÜ übernommen.

Die Darstellung der Rechtsanwendungsprobleme im EuGVÜ und im LugÜ soll sich daher im Folgenden auf jene Vorschriften beschränken, die sich von den Regelungen der EuGVVO unterscheiden. Dabei soll lediglich ein Überblick gegeben werden über jene Problemstellungen, deren Beurteilung von der Beurteilung der Rechtsanwendungsprobleme in der EuGVVO abweicht.

⁵³² Vgl. OLG Hamburg, CR 2002, 837 (837).

⁵³³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, EuGVVO Übersicht Rn. 1.

I. Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des EuGVÜ/LugÜ bestimmt sich jeweils nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1: Das Übereinkommen ist in Zivil- und Handelssachen anzuwenden. Insoweit ergeben sich keine Unterschiede zu den Regelungen der EuGVVO.

Der persönliche Anwendungsbereich richtet sich grundsätzlich nach Artt. 2, 53 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ: Der Wohnsitz oder Sitz des Beklagten muss sich in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates befinden. Auf den Wohnsitz des Klägers kommt es hingegen nicht an, so dass das EuGVÜ oder das LugÜ auch dann Geltung beansprucht, wenn der Kläger außerhalb der Vertragsstaaten von EuGVÜ und LugÜ seinen Wohnsitz bzw. Sitz hat.

Hier gelten die gleichen Überlegungen wie zum Anwendungsbereich der EuGVVO. Hat der Beklagte keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates, so bestimmt sich gem. Art. 4 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ die Zuständigkeit der Gerichte eines jeden Vertragsstaats nach dessen eigenen Gesetzen.

II. Allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes bzw. Sitzes gem. Artt. 2 Abs. 1, 53 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ

Als allgemeine Zuständigkeitsregel gilt auch im Anwendungsbereich des EuGVÜ und des LugÜ gem. Artt. 2 Abs. 1, 53 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ, dass die Gerichte am Wohnsitz des Beklagten bzw. am Sitz der beklagten Gesellschaft oder juristischen Person zuständig sind. Im Gegensatz zur EuGVVO benennt jedoch weder das EuGVÜ noch das LugÜ autonome Kriterien dafür, wie der Sitz einer Gesellschaft oder juristischen Person zu bestimmen ist. Stattdessen hat das Gericht gem. Art. 53 Abs. 1 Satz 2 EuGVÜ/LugÜ zur Bestimmung des Sitzes einer Gesellschaft die Vorschriften seines Internationalen Privatrechts heranzuziehen.

Sofern das EuGVÜ oder das LugÜ von deutschen Gerichten angewendet wird, sind also die ungeschriebenen Kollisionsnormen des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts einschlägig.⁵³⁴ Die deutsche Rechtsprechung und die herrschende Lehre befürwortet die Anwendung der Sitztheorie: Nach der Sitztheorie hat eine Gesellschaft dort ihren Sitz, wo sich der tatsächliche Verwaltungssitz befindet.⁵³⁵ Seit der *Centros*-Entscheidung des EuGH⁵³⁶ herrscht jedoch ein Streit darüber, ob zur Bestimmung des Sitzes nicht vielmehr die Gründungstheorie heranzuziehen ist, da die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit den europarechtlichen Vorgaben

⁵³⁴ *Kropholler*, EuZPR, 6. Aufl., Art. 53 Rn. 2; *Musielak-Weth*, 2. Aufl., Art. 53 EuGVÜ Rn. 2.

⁵³⁵ BGHZ 25, 134 (144); 51, 27 (28); 53, 181 (183); 78, 318 (334); 97, 269 (271); *Kegel/Schurig*, S. 576; *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Anh. zu Art. 12 EGBGB Rn. 2.

⁵³⁶ EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Rs. C-212/97 – *Centros*, Slg. 1999, I-1459.

der Artt. 43, 48 EG zweifelhaft ist.⁵³⁷ Nach der Gründungstheorie ist nicht der tatsächliche Verwaltungssitz, sondern der Gründungsort der Gesellschaft für die Bestimmung des Sitzes entscheidend.⁵³⁸ Von Bedeutung ist dieser Streit allerdings nur dann, wenn sich der tatsächliche Verwaltungssitz nicht in demselben Staat befindet, in dem die Gesellschaft auch gegründet wurde.

Im Übrigen haben zwei weitere Urteile des EuGH dieser Diskussion in den letzten Jahren eine andere Richtung gegeben: In seinem *Überseering*-Urteil⁵³⁹ hat der EuGH entschieden, dass eine ausländische Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU gegründet wurde, als solche im Inland zu akzeptieren ist und folglich ungeachtet der dort geltenden Vorschriften Rechtsfähigkeit besitzt. Das bedeutet, dass eine Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts nur unter Beachtung des Gründungsortes erfolgen darf.⁵⁴⁰ In dem Urteil *Inspire Art*⁵⁴¹ wurde diese Rechtsprechung weiter ausgedehnt. Die Geltung der Sitztheorie im deutschen Gesellschaftskollisionsrecht wird dadurch erheblich in Frage gestellt. Unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung des EuGH ist insofern davon auszugehen, dass zumindest in allen Sachverhalten, die einen europarechtlichen Bezug haben, nur die Anwendung der Gründungstheorie gemeinschaftskonform ist.⁵⁴² Dies ist immer dann anzunehmen, wenn die Gesellschaft in einem weiteren Mitgliedstaat gegründet wurde.⁵⁴³

Wendet man die Gründungstheorie auf Unternehmen an, die im Internet-Handel tätig sind, so ergeben sich dadurch keine Besonderheiten. Der Gründungsort einer Gesellschaft lässt sich anhand der tatsächlichen Umstände unproblematisch bestimmen. Die Diskussion in der deutschen Rechtsprechung und Lehre um die Geltung der Sitz- oder der Gründungstheorie im internationalen Gesellschaftsrecht ist allerdings durch die beiden Urteile des EuGH *Überseering* und *Inspire Art* keinem endgültigen Ergebnis zugeführt worden.⁵⁴⁴ Die weitere Entwicklung bleibt insofern abzuwarten.

⁵³⁷ Dafür etwa *Geyrhalter*, EWS 1999, 201 (203); *Meilicke*, DB 1999, 627 (627f.); *Neye*, EWiR 1999, 259 (260); *Risse*, MDR 1999, 752 (753); *Sedemund/Hausmann*, BB 1999, 810 (810); *Werlauff*, ZIP 1999, 867 (874f.). Dagegen weiterhin *Ebke*, JZ 1999, 656 (658); *Kindler*, NJW 1999, 1993 (1997); *Lange*, DNotZ 1999, 599 (606); *Sonnenberger/Großerichter*, RIW 1999, 721 (726); *Timme/Hülk*, JuS 1999, 1055 (1058).

⁵³⁸ *Wiedemann*, FS Kegel (1977), S. 187 (201).

⁵³⁹ EuGH, Urteil vom 5.11.2002, Rs. C-208/00 – *Überseering*, RIW 2002, 945.

⁵⁴⁰ *Ebenso v. Halen*, EWS 2002, 107 (111); *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 (927).

⁵⁴¹ EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01 – *Inspire Art*, RIW 2003, 957.

⁵⁴² *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 (934f.); *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949 (951).

⁵⁴³ *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 (934f.).

⁵⁴⁴ Vgl. die Diskussion um die Konsequenzen der Urteile für das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht: *Behrens*, IPRax 2003, 193 (203 ff.); *Forsthoff*, DB 2002, 2471 (2475f.); *Horn*, NJW 2004, 893 (896 ff.); *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 (934-936); *Probst/Kleinert*, MDR 2003, 1265 (1267f.); *Sandrock*, BB 2003, 2588 (2588f.); *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949 (954 ff.).

III. Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ

Besonderheiten gegenüber der EuGVVO ergeben sich für Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus einem Vertrag. Dann ist der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes einschlägig: Gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ kann der Beklagte ungeachtet seines Wohnsitzes auch vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem die streitige Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre. Probleme der Rechtsanwendung ergeben sich bei der Bestimmung des Erfüllungsortes.

1. Bestimmung des Erfüllungsortes

Im Gegensatz zur EuGVVO enthalten das EuGVÜ und das LugÜ keine autonome Definition des Erfüllungsortes, auch nicht für Kauf- und Dienstleistungsverträge. Für die Bestimmung des Erfüllungsortes ist daher ausschließlich auf die Grundsätze zurückzugreifen, die der Europäische Gerichtshof in der Vergangenheit für die Anwendung des Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ entwickelt hat.

a) Auslegungskompetenz des EuGH

Die Kompetenz des EuGH für die Auslegung des EuGVÜ ergibt sich aus dem Protokoll vom 3.6.1971 betreffend die Auslegung des EuGVÜ⁵⁴⁵. Durch dieses Protokoll wurden dem EuGH Zuständigkeiten übertragen, um zwischen den Vertragsstaaten die einheitliche Auslegung des Übereinkommens sicherzustellen. Hingegen ist der EuGH nicht zuständig für die Auslegung des LugÜ.⁵⁴⁶ Da allerdings beide Übereinkommen einheitlich ausgelegt werden sollen, wurde im Protokoll Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens⁵⁴⁷ eine Kooperation der Vertragsstaaten des LugÜ festgeschrieben: Nach der ersten Zusatzerklärung⁵⁴⁸ soll der EuGH bei der Auslegung des EuGVÜ den Grundsätzen gebührend Rechnung tragen, die sich aus der Rechtsprechung zum LugÜ ergeben. Umgekehrt sollen nach der zweiten Zusatzerklärung⁵⁴⁹ die Gerichte der Einzelstaaten bei der Auslegung des LugÜ jenen Grundsätzen gebührend Rechnung tragen, die sich aus der Rechtsprechung des EuGH und der Gerichte der EG-Staaten zu denjenigen Bestimmungen des EuGVÜ ergeben, die in ihrem wesentlichen Gehalt in das LugÜ übernommen worden sind. Aus der Präambel zum LugÜ ergibt

⁵⁴⁵ BGBl. 1972 II, S. 846, in der Fassung vom 25.10.1982, BGBl. 1988 II, S. 454.

⁵⁴⁶ OLG Hamburg IPRax 1999, 168 (171); Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, LugVÜ Schlussanhang V D 3; Linhart, S. 84.

⁵⁴⁷ BGBl. 1994 II, S. 2697.

⁵⁴⁸ BGBl. 1994 II, S. 2701.

⁵⁴⁹ BGBl. 1994 II, S. 2702.

sich ferner, dass den Entscheidungen des EuGH immerhin dann eine Bindungswirkung für die Auslegung des LugÜ zukommt, wenn sie vor Abschluss des LugÜ, also vor dem 16.9.1988, zu gleichlautenden Bestimmungen des EuGVÜ ergangen sind.⁵⁵⁰

b) Tessili- und De Bloos-Rechtsprechung des EuGH

Wie bereits im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO dargelegt, bestimmt sich der Erfüllungsort – der sogenannten *Tessili*-Rechtsprechung des EuGH zufolge – nach dem auf den Vertrag anzuwendenden Recht, welches wiederum gemäß den nationalen Kollisionsnormen des mit dem Rechtsstreit befassten Gerichts an den Sachverhalt angeknüpft wird.⁵⁵¹ Nach der *De Bloos*-Entscheidung, die ebenfalls bereits im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO genannt wurde, kommt es dabei jeweils auf den Erfüllungsort derjenigen Verpflichtung an, die den Gegenstand der Klage bildet, d.h. auf den Erfüllungsort der dem Streit zugrunde liegenden angeblich verletzten vertraglichen Hauptpflicht.⁵⁵² Dies gilt auch dann, wenn der Rechtsstreit auf einer Nebenpflichtverletzung beruht: Sekundäransprüche, etwa Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung, werden zuständigkeitsrechtlich der Hauptpflichtverletzung zugeordnet.⁵⁵³

Sind mehrere Ansprüche aus verschiedenen Hauptleistungspflichten streitig, so bedeutet dies, dass der Erfüllungsort für jeden Anspruch gesondert zu bestimmen ist und gegebenenfalls mehrere Klagen an verschiedenen Orten erhoben werden müssen.⁵⁵⁴

c) Exkurs: Bestimmung des Erfüllungsortes nach deutschem Recht

Exemplarisch soll an dieser Stelle eine Bestimmung des Erfüllungsortes unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH für Rechtsstreitigkeiten aus einem im Internet abgeschlossenen Kaufvertrag erfolgen. Dabei sei vorausgesetzt, dass das angerufene Gericht bei Anwendung seines Kollisionsrechts zu dem Ergebnis kommt, dass das deutsche Recht an den Sachverhalt anzuknüpfen ist.

⁵⁵⁰ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, LugÜ Schlussanhang V D 3; *Holl*, IPRax 1996, 174 (176); *MK-ZPO-Gottwald*, Bd. 3, Protokoll Nr. 2 zum LugÜ, Art. 1 Rn. 4.

⁵⁵¹ EuGH, Urteil vom 6.10.1976, Rs. 12/76 – *Tessili*, Slg. 1976, 1473 Rn. 13. Bestätigt durch EuGH, Urteil vom 29.6.1994, Rs. 288/92 – *Custom Made Commercial*, Slg. 1994, I-2913 Rn. 26; Urteil vom 28.9.1999, Rs. 440/97 – *GIE Groupe Concorde*, Slg. 1999, I-6307 Rn. 29.

⁵⁵² EuGH, Urteil vom 6.10.1976, Rs. 14/76 – *De Bloos*, Slg. 1976, 1497.

⁵⁵³ *Kropholler*, EuZPR, 6. Aufl., Art. 5 Rn. 16; *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 23. Aufl., Art. 5 EuGVÜ Rn. 3.

⁵⁵⁴ EuGH, Urteil vom 5.10.1999, Rs. C-420/97 – *Leathertex*, Slg. 1999, I-6747 Rn. 42; BGH NJW 1997, 870 (871); *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 23. Aufl., Art. 5 EuGVÜ Rn. 3.

Im deutschen Recht ist als Erfüllungsort grundsätzlich der Leistungsort iSd. §§ 269, 270 BGB anzusehen, sofern nicht vorrangige Spezialregelungen⁵⁵⁵ einschlägig sind.⁵⁵⁶ Der Leistungsort richtet sich gem. § 269 Abs. 1 BGB vorrangig nach einer Bestimmung durch die Parteien. Ist eine solche nicht erfolgt, so ist der Leistungsort aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen. Gelingt auch dies nicht, so ist gem. § 269 Abs. 1 BGB davon auszugehen, dass er sich am Wohnsitz des Schuldners zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. bei gewerblichen Verpflichtungen iSd. § 269 Abs. 2 BGB am Ort der gewerblichen Niederlassung befindet. Gem. § 270 Abs. 4 BGB gilt das auch bei Geldschulden. Dies ist insofern von Wichtigkeit, als nach der *De Bloos*-Rechtsprechung des EuGH gerade nicht die vertragscharakteristische Leistung für die Bestimmung des Erfüllungsortes ausschlaggebend ist. Eine Geldschuld, die als Gegenleistung vereinbart wurde, kann also durchaus einen anderen Erfüllungsort haben kann als die vertragstypische Schuld.

Für den Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen Käufer und Verkäufer nach einer Warenbestellung im Internet gilt nach diesen Grundregeln gem. §§ 269, 270 BGB im Einzelnen Folgendes: In einer Klage des Käufers auf Lieferung der Kaufsache oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 437 Nr. 3 iVm. §§ 440, 281, 283 BGB ist der Wohnsitz bzw. Sitz des Verkäufers der Erfüllungsort.⁵⁵⁷ Bei einer Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises ist demgegenüber der Wohnsitz des Käufers als Erfüllungsort maßgeblich.⁵⁵⁸ Gleiches gilt für eine Klage des Verkäufers auf Abnahme der Leistung oder wegen Annahmeverzuges, etwa bei einer Klage auf den Ersatz von Mehraufwendungen gem. § 304 BGB.⁵⁵⁹ In aller Regel ergibt sich also keine Abweichung vom allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten gem. Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ.

Etwas anderes gilt allerdings bei einer Klage des Käufers auf Zurücknahme der Kaufsache und Rückzahlung des Kaufpreises nach erfolgtem Rücktritt iSd. § 437 Nr. 2 iVm. §§ 440, 323 BGB. Dann ist als Erfüllungsort nach herrschender Meinung der Ort anzusehen, an dem sich die Kaufsache zum Zeitpunkt des Rücktritts bestimmungsgemäß befindet⁵⁶⁰, also in aller Re-

⁵⁵⁵ §§ 374, 604, 697, 700, 811, 1194 BGB; § 36 VVG.

⁵⁵⁶ *Rüßmann*, K&R 1998, 129 (131); *Thomas/Putzo-Putzo*, 26. Aufl., § 29 ZPO Rn. 5; *Zöller-Vollkommer*, § 29 ZPO Rn. 24.

⁵⁵⁷ Für die alte Rechtslage: *Rüßmann*, K&R 1998, 129 (131).

⁵⁵⁸ BGHZ 120, 334 (347); OLG Düsseldorf, NJW 1991, 1492 (1493). *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann*, § 29 ZPO Rn. 26; *Thot/Gimmy*, in: *Kröger/Gimmy* (Hrsg.), S. 3 (38); *Schmid*, MDR 1993, 410 (411); *Zöller-Vollkommer*, § 29 ZPO Rn. 25 „Kaufvertrag“.

⁵⁵⁹ RGZ 49, 72 (76); 55, 423 (425f.); *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann*, § 29 ZPO Rn. 26; *Thot/Gimmy*, in: *Kröger/Gimmy* (Hrsg.), S. 3 (38); *Zöller-Vollkommer*, § 29 ZPO Rn. 25 „Kaufvertrag“.

⁵⁶⁰ BGHZ 87, 104 (110); BGH NJW 1983, 1479 (1480); *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann*, § 29 ZPO Rn. 26; *Zöller-Vollkommer*, § 29 ZPO Rn. 25 „Kaufvertrag“. Anderer Ansicht LG Krefeld, MDR 1977, 1018 (1018f.).

gel der Wohnsitz des Käufers. In Abweichung vom allgemeinen Gerichtsstand iSd. Art 2 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ ist in diesem Fall der Erfüllungsort und damit der Gerichtsstand am Wohnsitz des Klägers zu verorten.

Nach alledem kommt es nach einem Rechtsstreit über Ansprüche aus einem Kaufvertrag nur dann zu einer Abweichung vom allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten, wenn der Käufer als Kläger die Rechte aus einem Rücktritt geltend macht, nachdem die Kaufsache bereits übergeben worden ist. Denn dann ist gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ das Gericht an seinem eigenen Wohnsitz zuständig. Alle übrigen Gerichtsstände des Erfüllungsortes führen demgegenüber zu dem gleichen Ergebnis wie die Vorschrift des Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ über den allgemeinen Gerichtsstand.

2. Vereinbarungen über den Erfüllungsort

Etwas anderes kann sich allerdings dann ergeben, wenn die Parteien wirksame Vereinbarungen über den Erfüllungsort treffen, die vom gesetzlich definierten Erfüllungsort abweichen. Das EuGVÜ und das LugÜ treffen über die Zulässigkeit von Erfüllungsortvereinbarungen zwar keine Aussage, im Gegensatz zur EuGVVO auch nicht für Kauf- und Dienstleistungsverträge. Dennoch ist anerkannt, dass Erfüllungsortvereinbarungen trotz der fehlenden ausdrücklichen Regelung auch im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ grundsätzlich zulässig sind.⁵⁶¹ Die Frage, anhand welcher Voraussetzungen die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung zu beurteilen ist, kann unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH geklärt werden: Der Gerichtshof hat entschieden, dass sich die Wirksamkeit grundsätzlich nach dem auf den Vertrag anwendbaren innerstaatlichen Recht richtet.⁵⁶² Allerdings ist daran zu denken, dass im *Mainschiffahrtgenossenschaft*-Urteil Einschränkungen dieser Rechtsprechung erfolgt sind.⁵⁶³ Dieses Urteil wurde in der vorliegenden Arbeit bereits an anderer Stelle, nämlich im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO, erörtert. Auf die obigen Ausführungen wird daher verwiesen.⁵⁶⁴

IV. Besonderer Gerichtsstand der Niederlassung gem. Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ/LugÜ

Für Streitigkeiten aus dem Betrieb einer Niederlassung kommt darüber hinaus der Gerichtsstand der Niederlassung gem. Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ/LugÜ in Betracht. Im Hinblick auf

⁵⁶¹ Thomas/Putzo-*Hüßtege*, 23. Aufl., Art. 5 EuGVÜ Rn. 4; *Kropholler*, EuZPR, 6. Aufl., Art. 5 Rn. 24.

⁵⁶² EuGH, Urteil vom 17.1.1980, Rs. 56/79 – *Zelger / Salinitri*, Slg. 1980, 89 Rn. 5.

⁵⁶³ EuGH, Urteil vom 20.2.1997, Rs. 106/95 – *MSG*, Slg. 1997, I-911 Rn. 31 ff..

⁵⁶⁴ Vgl. Abschnitt B IV 1a bb (1) (b) im 1. Teil dieser Arbeit.

Verträge im Internet drängt sich allerdings die Frage auf, ob solche Unternehmen, die im Internet-Handel tätig sind, überhaupt Niederlassungen haben. Selbst wenn dies der Fall ist, muss außerdem der Bezug einer Streitigkeit zum Betrieb der Niederlassung problematisiert werden. Bei keiner der beiden Fragestellungen ergeben sich jedoch Besonderheiten gegenüber dem Gerichtsstand nach Art. 5 Nr. 5 EuGVVO, so dass für diese Problematik auf die obige Darstellung verwiesen werden kann.⁵⁶⁵

V. Zuständigkeit für Verbrauchersachen gem. Art. 13 iVm. Art. 14 EuGVÜ/LugÜ

Des Weiteren ist auf die besonderen Vorschriften über die Zuständigkeit für Verbrauchersachen gem. Artt. 13, 14 EuGVÜ/LugÜ einzugehen. Hier bestehen wesentliche Unterschiede im Vergleich zur Regelung der EuGVVO über den Verbrauchergerichtsstand. Zwar ist die Rechtsfolge der Artt. 13, 14 EuGVÜ/LugÜ die gleiche wie in Artt. 15, 16 EuGVVO. So findet sich auch im EuGVÜ bzw. LugÜ gem. Art 14 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ ein Wahlrecht des Verbrauchers bei Klagen gegen den Vertragspartner: Er kann sowohl im Wohnsitzstaat des Vertragspartners als auch in seinem eigenen Wohnsitzstaat klagen. Einen wesentlich anderen Inhalt hat die Norm aber in ihren Voraussetzungen, sofern es sich nicht um Teilzahlungs- oder Finanzierungskäufe handelt. Insofern ist die Regelung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ genauer zu betrachten.

1. Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ

Im Folgenden ist vertieft auf die Frage einzugehen, inwieweit ein Vertragsschluss im Internet den Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ entspricht.

a) Vertragsgegenstand

Zunächst fällt auf, dass Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ – anders als Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO – nicht für jegliche Art von Verträgen gilt, sondern nur für solche Verträge, die die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung beweglicher Sachen zum Gegenstand haben. Hinsichtlich der Begrifflichkeiten kann zunächst auf die obigen Ausführungen zum „Verkauf beweglicher Sachen“ und zur „Erbringung einer Dienstleistung“ iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO verwiesen werden.⁵⁶⁶ Neben dem Kauf⁵⁶⁷ erfasst die „Lieferung“ beweglicher

⁵⁶⁵ Vgl. Abschnitt B V im 1. Teil dieser Arbeit.

⁵⁶⁶ Vgl. die Abschnitte B IV 1a und 1b im 1. Teil dieser Arbeit.

Sachen allerdings auch den Erwerb von Gegenständen, die erst aufgrund der Bestellung angefertigt werden müssen.⁵⁶⁸

Den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden Kaufverträge über bewegliche Sachen, die im Internet abgeschlossen werden. Die Regelung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ ist insofern von zentraler Bedeutung.

b) Umstände des Vertragsabschlusses gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ

Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ stellt in lit. a und lit. b besondere Voraussetzungen der Verbraucherkompetenz auf, die sich auf die Umstände des Vertragsabschlusses beziehen. Inwieweit ein auf elektronischem Wege geschlossener Vertrag diesen Abschlussmodalitäten entspricht, ist fraglich.

aa) Angebot oder Werbung im Wohnsitzstaat des Verbrauchers gem. Art 13 Abs. 1

Nr. 3 lit. a EuGVÜ/LugÜ

Nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a EuGVÜ/LugÜ muss dem Vertragsabschluss ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung im Staat des Wohnsitzes des Verbrauchers vorausgegangen sein. Werbung ist dabei jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern.⁵⁶⁹ Erforderlich ist somit, dass der Vertragspartner verkaufsfördernde Schritte unternommen hat.⁵⁷⁰ Unter den Begriff des Angebots iSd. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a EuGVÜ/LugÜ fällt neben einem Vertragsangebot im engeren Sinne auch eine *invitatio ad offerendum*.⁵⁷¹

Im Hinblick auf Internet-Sachverhalte ist dabei vor allem an kommerzielle Webseiten von Warenanbietern zu denken. Hierbei handelt es sich um Werbung, sofern sie lediglich eine Warenpräsentation mit Produktinformationen enthalten. Wenn dem Verbraucher auf der Webseite darüber hinaus die Möglichkeit zu einer Warenbestellung eingeräumt wird, liegt regelmäßig eine *invitatio ad offerendum* vor. Des Weiteren kann ein Angebot oder eine Wer-

⁵⁶⁷ Soergel-v.Hoffmann, Art. 29 EGBGB Rn. 5; Thomas/Putzo-Hüßtege, 23. Aufl., Art. 13 EuGVÜ Rn. 6; MK-BGB-Martiny, Art. 29 EGBGB Rn. 9; Schaltinat, S. 56.

⁵⁶⁸ Kropholler, EuZPR, 6. Aufl., Art. 13 Rn. 14, 21.

⁵⁶⁹ Vgl. die Definition in Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10 September 1984 über irreführende Werbung, Abl.EG Nr. L 250 vom 19.9.1984, S. 17.

⁵⁷⁰ Schaltinat, S. 62; Schlosser, EuZPR, 1. Aufl., Art. 13 Rn. 8.

⁵⁷¹ BGHZ 123, 380 (389); Thomas/Putzo-Hüßtege, 23. Aufl., Art. 13 EuGVÜ Rn. 7; Kropholler, EuZPR, 6. Aufl., Art. 13 Rn. 22; Mankowski, RIW 1997, 990 (992).

bung auch in einer Email enthalten sein. So wenden sich viele Warenanbieter per Email direkt an einzelne Verbraucher, um auf ihre Produkte aufmerksam zu machen. Regelmäßig handelt es sich hierbei um Werbung.

(1) Zielgerichtetheit

Das Angebot oder die Werbung muss im Staat des Wohnsitzes des Verbrauchers erfolgt sein. Dies setzt nach allgemeiner Ansicht voraus, dass das Angebot oder die Werbung eine Zielrichtung auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers aufweist.⁵⁷² Die Frage nach der Zielgerichtetheit der Werbung oder des Angebots bereitet große Probleme. Allerdings ist diese Problematik bereits im Zusammenhang mit der Ausrichtung der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit iSd. Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO ausführlich erörtert worden.⁵⁷³ Auf die obige Darstellung wird insofern verwiesen. Danach ist eine Zielgerichtetheit der Werbung oder des Angebots auf einer kommerziellen Webseite unter Berücksichtigung des Willens des Warenanbieters zu ermitteln, der wiederum anhand einer Gesamtschau verschiedener Kriterien ergründet werden muss. Einen eindeutigen Aussagewert hat insoweit allerdings nur ein ausdrücklicher Hinweis auf der Webseite. Indizwirkung haben daneben die Sprache der Webseite, die Währung, besondere nationale Eigenheiten der beworbenen Leistung wie etwa typische nationale Konfektionsgrößen oder auch der Umstand, dass ein Vertragsschluss tatsächlich erfolgt ist.⁵⁷⁴

(2) Initiative des Anbieters

Umstritten ist, ob über die bereits genannten Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a EuGVÜ/LugÜ hinaus zu fordern ist, dass die Initiative von dem Warenanbieter ausgegangen ist.⁵⁷⁵ Diese Streitfrage hat im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss im Internet unter zwei verschiedenen Aspekten praktische Bedeutung. Zum einen ist an die Konstellation zu denken, dass zuerst der Verbraucher den Anbieter per Email kontaktiert hat und erst daraufhin eine Werbung oder ein Angebot von diesem erhält, zum Beispiel durch Mitteilung eines Links auf die Anbieter-Webseite oder durch ein konkretes Produkt-Angebot in einer Antwort-Email. Zum anderen ist bezüglich kommerzieller Webseiten zu beachten, dass sich der Verbraucher vor Nutzung des Internet zuerst aus eigenem Antrieb in das Netz einwählen und die Webseite

⁵⁷² Junker, RIW 1999, 809 (811); Rüßmann, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (713)

⁵⁷³ Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (2) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁵⁷⁴ Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (2) (b) (ee) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁵⁷⁵ Vgl. hierzu Junker, RIW 1999, 809 (811); Rüßmann, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (713); Spindler, MMR 2000, 18 (19).

des Anbieters aufrufen muss, bevor er sich die darauf befindliche Werbung bzw. das Angebot ansehen kann. Beide Situationen deuten darauf hin, dass die Initiative vom Verbraucher ausgegangen ist.

Fraglich ist, ob dies der Anwendbarkeit des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ entgegensteht. Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Art. 13 EuGVÜ/LugÜ ist zunächst im Grundsatz zu klären, ob Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a EuGVÜ/LugÜ voraussetzt, dass die Initiative durch den Anbieter erfolgen muss. Anschließend ist anhand des gefundenen Ergebnisses zu überprüfen, ob die beiden genannten Aspekte eines Vertragsabschlusses im Internet die Anwendung des Art. 13 EuGVÜ/LugÜ tatsächlich ausschließen.

(a) Regelungszweck und Schutzwürdigkeit des Verbrauchers

Die grundsätzliche Frage besteht darin, ob Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ nach seinem Regelungszweck nur auf Sachverhalte anzuwenden ist, in denen der Anbieter auf den Verbraucher zugegangen ist, oder ob die Vorschrift auch dann Anwendung finden soll, wenn der Verbraucher selbst die Initiative ergriffen hat. Dies ist umstritten.⁵⁷⁶

Zur Beantwortung dieser Frage ist zum einen der Zweck der Zuständigkeitsregelung für Verbrauchersachen zu betrachten: Die Regelung der Artt. 13, 14 EuGVÜ/LugÜ dient dazu, den Verbraucher als schwächere Partei zu schützen. Zum anderen sind die Kriterien des Art. 13 Abs. 1 Nr. 1-3 EuGVÜ/LugÜ zu berücksichtigen, an denen die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers im Einzelnen festgemacht wird. In Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EuGVÜ/LugÜ ist das eine bestimmte Art von Vertrag, nämlich ein Teilzahlungs- oder ein Finanzierungskauf. In Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ wird hingegen an die Situation des Vertragsabschlusses angeknüpft: Der Verbraucher muss durch ein Angebot oder eine Werbung gezielt in seinem Wohnsitzstaat angesprochen worden sein, bevor er seine für den Vertragsabschluss erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat.

Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ gewährt demnach, anders als Nr. 1 und Nr. 2, einen situationsgebundenen Verbraucherschutz.⁵⁷⁷ Die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers beruht auf der besonderen Situation, dass er völlig unerwartet in seinem Staat von einem ausländischen Vertragspartner angesprochen und zum Abschluss eines grenzüberschreitenden Vertrages motiviert wurde. Der Verbraucher selbst hat hingegen in keiner Weise auf einen Vertragsschluss hingewirkt. Der Umstand, dass die Anregung zu einem Vertragsschluss ausschließlich durch

⁵⁷⁶ Bejahend *Schlosser*, FS Steindorff (1990), S. 1379 (1385). Verneinend *Wieczorek/Schütze-Hausmann*, Anh. I § 40 Art. 13 Rn. 18, dort Fn. 46.

⁵⁷⁷ *Spindler*, MMR 2000, 18 (19).

den ausländischen Anbieter erfolgt ist, rechtfertigt es in dieser Situation, dass der Verbraucher durch die Zuständigkeitsregelung des Art. 14 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ geschützt wird. Diese besondere Situation besteht aber dann nicht, wenn der Verbraucher aus eigenem Antrieb den Kontakt zu dem Anbieter sucht, ohne dass dieser ihn zuvor angesprochen hat. In diesem Fall hat sich der Verbraucher bewusst und gezielt an den ausländischen Anbieter gewandt, um seinerseits auf einen Vertragsschluss hinzuwirken. Er ist sich also auch über den besonderen Umstand im Klaren, dass er ein grenzüberschreitendes Geschäft tätigt. Ein Schutz durch die besondere Zuständigkeitsregelung des Art. 14 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ ist in dieser Situation nicht gerechtfertigt. Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ den Verbraucher nur dann schützt, wenn die Initiative für den Vertragsschluss vom Warenanbieter ausgegangen ist.⁵⁷⁸

Im Folgenden ist anhand dieser Erkenntnis zu untersuchen, welche Situationen eines Vertragsschlusses im Internet vom Anwendungsbereich des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ ausgeschlossen sind.

(b) Anwendung auf Vertragsabschlüsse im Internet

Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ ist nicht anwendbar, wenn die Initiative zum Vertragsschluss vom Verbraucher ausgegangen ist. Bei einem Vertragsschluss im Internet könnte die Anwendbarkeit der Norm also bereits daran scheitern, dass der Verbraucher zuallererst die Initiative für das Einwählen in das Internet und für das Anwählen der kommerziellen Webseite hat ergreifen müssen, bevor er die dort befindliche Werbung oder das Angebot wahrnehmen konnte.

Dagegen spricht jedoch, dass viele Werbeformen voraussetzen, dass der Verbraucher das Medium – sei es eine Zeitung, das Fernsehen, Radio oder eben das Internet – erst aus eigenem Entschluss in Gebrauch nehmen muss, bevor er die Werbung wahrnehmen kann. Eine Werbung im Fernsehen oder Radio ist beispielsweise nur wahrnehmbar, sofern das Gerät zuvor durch den Verbraucher eingeschaltet worden ist und ein Sender ausgewählt wurde. Eine Werbung in einer Zeitung kann ebenfalls erst gelesen werden, nachdem die betreffende Zeitungseite aufgeschlagen wurde. Würde man hier schon die Anwendbarkeit des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ unter Hinweis auf die Eigeninitiative des Verbrauchers verneinen, würde die Vorschrift nahezu leer laufen. Dann wären nämlich nur noch solche Werbungen von ihr erfasst, die der Verbraucher ohne bewusste vorherige Ingebrauchnahme des Mediums zur

⁵⁷⁸ Ebenso Wiczorek/Schütze-Hausmann, Anh. I § 40 Art. 13 Rn. 18, dort Fn. 46.

Kenntnis nimmt, etwa Schilder am Straßenrand, die man bloß zufällig im Vorbeigehen oder Vorbeifahren wahrnimmt. Insofern ist zwischen der Aktivität des Verbrauchers zur Ingebrauchnahme des Mediums einerseits und der kommerziellen Aktivität andererseits strikt zu differenzieren. Bei dem Erfordernis der Initiative des Anbieters kann es nicht darauf ankommen, ob zuvor ein eigener Willensentschluss des Verbrauchers nötig war, um das Medium für die Werbung zugänglich zu machen.⁵⁷⁹ Sie ist nur dann zu verneinen, wenn der Verbraucher eigene Aktivitäten entfaltet hat, die seinem konkreten Interesse an einem Vertragsschluss entspringen.

Letzteres ist aber dann der Fall, wenn der Verbraucher sich per Email an den ausländischen Anbieter gewandt hat, um von diesem Produktinformationen oder sogar ein konkretes Vertragsangebot zu erhalten. Dann besteht nämlich in der Tat nicht die von Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ vorgesehene Situation, dass zuallererst der Anbieter mit der Werbung oder dem Angebot auf den Verbraucher zugegangen sein muss und dieser ausschließlich als Reaktion darauf die zum Vertragsabschluss erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat. Stattdessen geht die Initiative in diesem Fall tatsächlich vom Verbraucher aus. Dies steht der Anwendbarkeit des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ entgegen.

bb) Erforderliche Rechtshandlungen des Verbrauchers in seinem Wohnsitzstaat gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ/LugÜ

Weitere Voraussetzung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ ist, dass der Verbraucher im Staat seines Wohnsitzes die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat. Nach dem Bericht von *Giuliano/Lagarde*, der angesichts der beabsichtigten Parallelen auch für die Auslegung des EuGVÜ heranzuziehen ist⁵⁸⁰, zählen zu diesen erforderlichen Rechtshandlungen insbesondere die Abgabe einer schriftlichen Willenserklärung oder eine sonstige Willensbekundung auf ein Angebot oder eine Werbung hin.⁵⁸¹ Dabei müssen im Wohnsitzstaat lediglich Handlungen erfolgen, auf den Zugang etwa einer Willenserklärung kommt es nicht an.⁵⁸² Ebenso wenig ist entscheidend, ob bereits ein rechtsverbindliches Angebot seitens des Anbieters vorliegt und der Verbraucher nun die Annahme erklärt;

⁵⁷⁹ Ebenso *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (240f.) für die Parallelproblematik bei Art. 5 Abs. 2 1. Spiegelstrich EVÜ; *Rießmann*, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (713); *Spindler*, *MMR* 2000, 18 (20).

⁵⁸⁰ Vgl. dazu näher Abschnitt B VI 1a cc im 1. Teil dieser Arbeit.

⁵⁸¹ Bericht *Giuliano/Lagarde* zu Art. 5 EVÜ, BT-Drucks. 10/503, S. 56.

⁵⁸² *Mankowski*, *RIW* 1997, 990 (992f.).

auch ein Angebot seitens des Verbrauchers als Reaktion auf eine *invitatio ad offerendum* des Anbieters ist ausreichend.⁵⁸³

Bei einem Vertragsschluss via Internet besteht die erforderliche Rechtshandlung des Verbrauchers regelmäßig darin, dass er entweder ein Bestellformular auf der Webseite des Anbieters ausfüllt und an den Warenanbieter übermittelt oder aber im Rahmen einer Email-Kommunikation ein Vertragsangebot oder die Annahme per Email versendet. Insoweit bestehen keine besonderen Probleme. Schwierigkeiten bereitet aber die Voraussetzung, dass diese Rechtshandlung im Wohnsitzstaat des Verbrauchers erfolgt sein muss.

(1) Rechtshandlung im Wohnsitzstaat des Verbrauchers

Bei einem Vertragsschluss im Internet besteht die Besonderheit, dass sich der Verbraucher statt von seinem Wohnsitzstaat auch von jedem anderen Staat der Welt aus in das Internet einwählen kann. Dies ist etwa dann denkbar, wenn er sich im Ausland aufhält und einen dort installierten Rechner benutzt. Ferner besteht die Möglichkeit, dass er sich per Mobiltelefon und Laptop in das Internet einwählt, was an jedem auch nur flüchtig passierten Ort der Welt geschehen kann. Das bedeutet, dass der Verbraucher die erforderliche Rechtshandlung für den Vertragsabschluss, seine elektronische Willenserklärung, an jedem beliebigen Ort der Welt vornehmen kann.

Die Anwendung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ/LugÜ führt insofern zu willkürlichen Ergebnissen.⁵⁸⁴ Dies soll ein Beispiel verdeutlichen: Ein deutscher Verbraucher, der sich im Zug von Köln nach Brüssel befindet, sich dort mit Hilfe seines Laptop in das Internet einwählt und eine Warenbestellung auf elektronischem Wege vornimmt, würde zwar dann den Schutz durch Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ genießen, wenn er diese Bestellung *vor* der Grenzüberschreitung an den Warenanbieter übermittelt. Dann befindet es sich nämlich noch in seinem Wohnsitzstaat. Hingegen wäre er nicht durch Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ geschützt, wenn er den entscheidenden Sendebefehl *nach* Grenzüberschreitung vornimmt, weil er seinen Wohnsitzstaat dann bereits verlassen hat. Beide Sachverhalte sind also im Hinblick auf den Verbrauchergerichtsstand gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EUGVÜ/LugÜ unterschiedlich zu beurteilen. Gegen eine unterschiedliche Behandlung spricht aber, dass der Verbraucher bei einer Bestellung via Internet ganz unabhängig davon, ob er sich gerade in seinem Wohn-

⁵⁸³ Wieczorek/Schütze-Hausmann, Anh. I § 40 Art. 13 Rn. 18.

⁵⁸⁴ So auch Kronke, RIW 1996, 985 (988).

sitzstaat oder aber im Ausland aufhält, immer auf dieselbe Webseite zugreift. Sein Aufenthaltsort ist dafür völlig ohne Belang.

Es fragt sich also, ob es beim Abschluss von elektronischen Verträgen wirklich auf das Kriterium des tatsächlichen Handlungsortes ankommen kann. Von der herrschenden Meinung wird dies bejaht.⁵⁸⁵ Es lässt sich jedoch auch über eine teleologische Reduktion des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ nachdenken.⁵⁸⁶

(a) Teleologische Reduktion

Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ könnte dahingehend teleologisch reduziert werden, dass bei Vertragsabschlüssen im Internet nicht der tatsächliche Handlungsort ausschlaggebend ist, sondern jener Ort, an dem sich der Heimatrechner des Verbrauchers befindet, also üblicherweise der Ort seines Wohnsitzes. Damit könnte vermieden werden, dass auf den völlig beliebigen Ort abgestellt wird, an dem sich der Verbraucher tatsächlich in das Internet eingewählt hat. Dieses Vorgehen ist allerdings nur dann zulässig, wenn es dem Zweck der Norm gerecht wird.

Zweck der Norm ist ein Schutz des Verbrauchers in bestimmten Konstellationen, die eine besondere Schutzbedürftigkeit begründen. Gegen eine teleologische Reduktion im vorliegenden Kontext spricht insofern der Umstand, dass der Schutz des Verbrauchers durch Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ situationsgebunden ist. Der Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ/LugÜ ist insoweit eindeutig: Die Vorschrift verlangt, dass der Verbraucher in seinem Wohnsitzstaat „die erforderlichen Rechtshandlungen“ vorgenommen hat. Dahinter steht die Überlegung, dass der Verbraucher nur dann durch Gewährung eines Gerichtsstands in seinem Wohnsitzstaat geschützt werden soll, wenn der abgeschlossene Vertrag auch tatsächlich einen besonderen Bezug zu diesem Staat aufweist. Dies wird – neben der Voraussetzung der Zielrichtung des Angebots bzw. der Werbung auf den Verbraucherstaat – daran festgemacht, dass der Verbraucher sich bei Vornahme der erforderlichen Rechtshandlung in seinem Wohnsitzstaat befindet.

Zu beachten ist jedoch, dass das im Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ/LugÜ genannte Kriterium des tatsächlichen Handlungsortes gerade in den hier zu betrachtenden Fällen keinerlei Aussagekraft hat.⁵⁸⁷ Der Verbraucher kann, wo auch immer er sich befindet,

⁵⁸⁵ *Fallenböck*, S. 130f.; *Junker*, RIW 1999, 809 (811); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (251f.); *Spindler*, *MMR* 2000, 18 (23); *Thorn*, *IPRax* 1999, 1 (5).

⁵⁸⁶ Vgl. auch *Borges*, *ZIP* 1999, 565 (571).

⁵⁸⁷ *Borges*, *ZIP* 1999, 565 (571); *Kronke*, *RIW* 1996, 985 (988).

stets dieselbe Internet-Seite aufrufen und stets dieselbe Rechtshandlung per Mausklick vornehmen, ohne dass es darauf ankäme, ob er im Ausland oder an seinem Wohnsitz gehandelt hat. Man kann also im Hinblick auf Internet-Sachverhalte bezweifeln, dass es dem Zweck der Norm entspricht, den Verbraucherschutz bei einer solchen Rechtshandlung, die an jedem Ort der Welt erfolgen kann und letztlich immer dieselbe bleibt, willkürlich im einen Fall zu gewähren und im anderen Fall zu verweigern. Ein striktes Festhalten am Wortlaut der Norm zur Bestimmung der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers ist insofern nicht angebracht.

Folglich kann es auch nicht überzeugen, wenn eine teleologische Reduktion gerade unter Hinweis auf den eindeutigen Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ abgelehnt wird.⁵⁸⁸ In systematischer Hinsicht ist schließlich zu bedenken, dass es gerade bei der Frage nach einer teleologischen Reduktion nicht nur auf den Wortlaut der Norm ankommen kann. Wäre schon der Wortlaut so gefasst, dass eine Auslegung desselben zu dem für richtig gehaltenen Ergebnis führt, wäre eine teleologische Reduktion gar nicht vonnöten. Die teleologische Reduktion greift indessen erst dann ein, wenn der Wortlaut für sich genommen jenes Ergebnis, das dem Zweck der Vorschrift entspricht und als gerecht empfunden wird, nicht stützen kann.

Für eine teleologische Reduktion bei Internet-Sachverhalten lässt sich anführen, dass auch nach außen gar nicht erkennbar ist, an welchem Ort der Verbraucher die erforderliche Rechtshandlung vorgenommen hat. Insofern lässt sich die Beziehung des Vertrages zum Wohnsitzstaat des Verbrauchers ohnehin nur an der Zielrichtung der Webseite festmachen. Darin unterscheidet sich eine elektronische Warenbestellung via Internet etwa von Bestellvorgängen per Briefpost. Der Umstand, von welchem Staat ein Brief abgeschickt wurde, ist zumindest anhand der Briefmarke oder des Poststempels erkennbar. In diesem Fall kann man also in der Tat vertreten, dass der Vertrag zu jenem Staat eine gewisse Beziehung aufweist. Von welchem Staat aus eine elektronische Bestellung auf einer Webseite oder per Email erfolgt, ist demgegenüber nicht feststellbar. Der einzig erkennbare Umstand ist die Zielrichtung der Webseite. Auch dies zeigt, dass die Voraussetzung, wonach der Verbraucher die Rechtshandlung in seinem Wohnsitzstaat vornehmen muss, bei Internet-Verträgen keine eigenständige Bedeutung haben kann.

Eine teleologische Reduktion benachteiligt auch den Vertragspartner nicht unangemessen. Zwar führt eine teleologische Reduktion des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ/LugÜ dazu, dass er mit einer weitergehenden Gerichtspflichtigkeit rechnen muss. Die Anwendbarkeit der

⁵⁸⁸ So aber *Fallenböck*, S. 131.

Artt. 13, 14 EuGVÜ/LugÜ scheidet jedenfalls nicht an dem Umstand, dass der Verbraucher den erforderlichen Mausklick außerhalb seines Wohnsitzstaates getätigt hat. Dies ist jedoch vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass der Vertragspartner seine Werbung oder sein Angebot gezielt auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet hat. Vor diesem Hintergrund ist ein besonderer Bezug des Vertrages zum Wohnsitzstaat des Verbrauchers ohnehin gegeben. Der Warenanbieter muss aufgrund der Zielrichtung seiner Webseite auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers von vornherein damit rechnen, dass jener die für den Vertragsschluss erforderliche Rechtshandlung am heimischen Rechner vornimmt. Das Risiko, gem. Art. 14 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ in dem betreffenden Staat verklagt zu werden, hat der Warenanbieter also in jedem Fall einkalkuliert. Andernfalls hätte er seine Werbung bzw. sein Angebot nicht gezielt auf den Verbraucherstaat ausgerichtet. Mithin ist es nicht unangemessen, wenn er dieses Gerichtsstandsrisiko auch dann tragen muss, wenn die erforderliche Rechtshandlung letztlich von einem anderen Staat aus abgegeben wird.

Für die teleologische Reduktion spricht schließlich der Gleichklang mit der Neuregelung in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO. In der Neuregelung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO wird auf jenes Kriterium, wonach die erforderliche Rechtshandlung im Wohnsitzstaat des Verbrauchers erfolgen muss, verzichtet. Diese Änderung gegenüber Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ wird auch genau damit begründet, dass es bei elektronischen Verträgen schwierig oder gar unmöglich sei festzustellen, wo die erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen wurden, und dass dies auch gar nicht relevant sei.⁵⁸⁹ Es ist also der erklärte Wille der Europäischen Kommission, dem Verbraucher bei einem elektronischen Vertragsschluss den Schutz durch den Verbrauchergerichtsstand unabhängig vom Ort seines Mausklicks zu gewähren. Letztlich entspricht die teleologische Reduktion des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ also auch dem Inhalt der Neuregelung der Gerichtszuständigkeit für Verbrauchersachen in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO.

(b) Ergebnis

Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ/LugÜ ist im Hinblick auf Vertragsabschlüsse im Internet teleologisch zu reduzieren. Es kann nicht darauf ankommen, an welchem Ort die erforderliche Rechtshandlung des Verbrauchers tatsächlich erfolgt ist. Dieser Ort ist ohne Bedeutung für Vertragsabschlüsse auf elektronischem Wege. Stattdessen ist bei der Rechtshandlung des Verbrauchers auf den Ort abzustellen, an dem sich sein Heimatrechner befindet. Als entschei-

⁵⁸⁹ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 18.

dendes Kriterium für den besonderen Bezug des Vertrages zum Verbraucherstaat verbleibt somit bei Internet-Verträgen lediglich die Zielgerichtetheit des Angebots bzw. der Werbung auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers. Das insoweit für den Vertragspartner erhöhte Gerichtsstandsrisiko ist jedoch gerade in Anbetracht der gezielten Ausrichtung seiner kommerziellen Aktivitäten auf den Verbraucherstaat zumutbar.

(2) Zusammenhang zwischen Angebot bzw. Werbung und Vertragsschluss

Schließlich ist zu klären, ob zwischen der Werbung bzw. dem Angebot und dem Vertragsschluss ein irgendwie gearteter Zusammenhang bestehen muss. Der Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ legt selbst nur die zeitliche Abfolge der erforderlichen Handlungen fest: Die Werbung bzw. das Angebot muss der Rechtshandlung des Verbrauchers vorausgegangen sein. Eine weitergehende Regelung existiert nicht. Auch der EuGH hat diese Frage bislang offen gelassen.⁵⁹⁰ Letztlich kann hier aber nichts anderes gelten als das, was bereits im Rahmen des Art. 15 Abs. 1 lit. c EUGVVO erörtert wurde: Ein kausaler Zusammenhang ist nicht erforderlich. Dies entspricht auch der herrschenden Meinung: Es genügt, wenn im Wohnsitzstaat zunächst eine Werbung betrieben wurde und der Vertragsabschluss danach zustande gekommen ist.⁵⁹¹

2. Ergebnis

Ein Vertragsschluss im Internet bereitet erhebliche Probleme bei der Anwendung der Artt. 13, 14 EuGVÜ/LugÜ. Schwierigkeiten macht zum einen das Erfordernis der Zielgerichtetheit einer im Internet verbreiteten Werbung bzw. eines Angebots iSd. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a EuGVÜ/LugÜ. Zum anderen ergeben sich Probleme bei der Anwendung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ/LugÜ, wonach der Verbraucher die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen in seinem Wohnsitzstaat vorzunehmen hat. Aufgrund der Tatsache, dass der Ort der für den Vertragsschluss erforderlichen Rechtshandlung des Verbrauchers bei einer elektronischen Übermittlung beliebig ist, führt eine strikt am Wortlaut orientierte Anwendung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ/LugÜ zu willkürlichen Ergebnissen. Um dies zu vermeiden, ist eine teleologische Reduktion vorzunehmen: Auf die Voraussetzung, dass die zum Vertragsabschluss erforderlichen Rechtshandlungen im Wohnsitzstaat des Verbrauchers erfolgen müssen, ist richtigerweise zu verzichten.

⁵⁹⁰ EuGH, Urteil vom 15.9.1994, Rs. C-318/93 – *Brenner und Noller / Dean Witter Reynolds*, Slg. 1994, I-4275.

⁵⁹¹ *Nasall*, WM 1993, 1950 (1952); *Kropholler*, EuZPR, 6. Aufl., Art. 13 Rn. 23; *Mankowski*, RIW 1997, 990 (992); *Schaltinat*, S. 62f..

VI. Gerichtsstandsvereinbarungen gem. Art. 17 EuGVÜ/LugÜ

Schließlich ist auf die Möglichkeit einzugehen, dass die Parteien gem. Art. 17 EuGVÜ/LugÜ einen Gerichtsstand auch vereinbaren können, sofern zumindest eine der Parteien ihren Wohnsitz bzw. Sitz in einem Vertragsstaat des Übereinkommens hat und das gewählte Gericht sich ebenfalls in einem Vertragsstaat befindet. Gem. Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EuGVÜ/LugÜ ist dieses Gericht dann ausschließlich zuständig.

Grundlegende Probleme bei der Rechtsanwendung ergeben sich im Rahmen des Art. 17 EuGVÜ/LugÜ in zweierlei Hinsicht. Zum einen herrscht Streit über die Frage, ob zusätzlich zu den geschriebenen Voraussetzungen des Art. 17 EuGVÜ/LugÜ erforderlich ist, dass der Sachverhalt eine Auslandsbeziehung zu einem weiteren Vertragsstaat aufweist. Diese Fragestellung wurde bereits im Rahmen des Art. 23 EuGVVO diskutiert. Auf die Ergebnisse kann insofern verwiesen werden.⁵⁹² Zum anderen ist zu klären, ob das Schriftformerfordernis des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ/LugÜ eingehalten werden kann, wenn die Parteien über das Internet miteinander kommunizieren. Auf dieses Problem ist im Folgenden näher einzugehen.

1. Schriftformerfordernis gem. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ/LugÜ

Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ setzt voraus, dass die Vereinbarung über den Gerichtsstand schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung geschlossen wird. Im Gegensatz zu der Vorschrift in der EuGVVO über Gerichtsstandsvereinbarungen enthält Art. 17 EuGVÜ/LugÜ keine besondere Regelung darüber, inwieweit auch elektronische Übermittlungen dem Schriftformerfordernis gleichgestellt sind. Im Rahmen des Art. 17 EuGVÜ/LugÜ ist daher genau zu untersuchen, ob eine elektronisch zustande gekommene Vereinbarung über den Gerichtsstand dem Formerfordernis gem. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ gerecht wird. Die Vorschrift des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 2 EuGVÜ/LugÜ hilft dabei nicht weiter. Zwar stellt sie eine gewisse Formerleichterung dar, indem sie die sogenannte Halbschriftlichkeit⁵⁹³, d.h. die mündliche Vereinbarung eines Gerichtsstandes mit anschließender schriftlicher Bestätigung, genügen lässt. Da jedoch auch in dieser Vorschrift letzten Endes für die Bestätigung die Schriftform verlangt wird, bleibt die Problematik des Formerfordernisses unverändert bestehen. Im Übrigen kommt eine mündliche Einigung über den Ge-

⁵⁹² Vgl. Abschnitt B VII 1 im 1. Teil dieser Arbeit.

⁵⁹³ BGH NJW 1994, 2699 (2700); Thomas/Putzo-*Hüßtege*, 23. Aufl., Art. 17 EuGVÜ Rn. 9.

richtsstand bei den hier in Rede stehenden Vertragsabschlüssen im Internet ohnehin nicht in Betracht.

Demnach muss zunächst geklärt werden, welche Anforderungen an die Schriftform iSd. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ/LugÜ gestellt werden. Anschließend ist zu prüfen, ob elektronische Vereinbarungen diesen Anforderungen gerecht werden.

a) Anforderungen an die Schriftform

Welche Anforderungen an die Schriftform iSd. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ/LugÜ zu stellen sind, ist nicht abschließend geklärt. Der EuGH hat zwar schon früh entschieden, dass das Formerfordernis des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ/LugÜ vertragsautonom ausgelegt werden muss.⁵⁹⁴ Einigkeit herrscht bei dieser autonomen Auslegung aber nur dahingehend, dass keine beiderseitig unterzeichnete Urkunde vorhanden sein muss.⁵⁹⁵ Es genügt vielmehr, wenn die Parteien ihren Willen in getrennten Schriftstücken erklären, etwa einen Briefwechsel vornehmen.⁵⁹⁶ Hingegen ist umstritten, ob nur der Austausch von Willenserklärungen in Schriftstücken mit handschriftlicher Unterschrift des Erklärenden dem Schriftformerfordernis entspricht oder ob auch technisch übermittelte Willenserklärungen ohne Unterschrift hierfür ausreichen. Dieser Streit ist für die Beurteilung der Formgültigkeit von elektronischen Gerichtsstandsvereinbarungen entscheidend.

aa) Unterschriftserfordernis

In Bezug auf das Erfordernis einer Unterschrift finden sich in der Literatur verschiedene Stimmen: Eine strenge Meinung besagt, dass grundsätzlich jede Partei ihre Willenserklärung zu unterschreiben hat.⁵⁹⁷ Unter Hinweis auf einen Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichte des Bundes⁵⁹⁸ wird dabei aber die Einschränkung gemacht, dass auch mit einer eingescannten Unterschrift, die in eine Textdatei eingesetzt wird, diesem Erfordernis

⁵⁹⁴ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti / Rüwa*, Slg. 1976, 1831 Rn. 7; Urteil vom 14.12.1976 – Rs. 25/76 – *Segoura*, Slg. 1976, 1851 Rn. 6. Ebenso *Müller*, RIW 1977, 163 (163); *Musielak-Weth*, 2. Aufl., Art. 17 EuGVÜ Rn. 6; *Pichler*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 194; *Schlosser*, EuZPR, 1. Aufl., Art. 17 Rn. 15.

⁵⁹⁵ BGH NJW 1994, 2699 (2700); NJW 2001, 1731 (1731); *Kropholler*, EuZPR, 6. Aufl., Art. 17 Rn. 30; *Musielak-Weth*, 2. Aufl., Art. 17 EuGVÜ Rn. 6; *Pichler*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 194; *Schlosser*, EuZPR, 1. Aufl., Art. 17 Rn. 16, 19; *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 23. Aufl., Art. 17 EuGVÜ Rn. 8.

⁵⁹⁶ BGH NJW 1994, 2699 (2700); *Kropholler*, EuZPR, 6. Aufl., Art. 17 Rn. 30; *Musielak-Weth*, 2. Aufl., Art. 17 EuGVÜ Rn. 6; *Schlosser*, EuZPR, 1. Aufl., Art. 17 Rn. 19; *Wagner*, WM 1995, 1129 (1131); *Wieczorek/Schütze-Hausmann*, Anh. I § 40 Art. 17 Rn. 34.

⁵⁹⁷ *Schlosser*, EuZPR, 1. Aufl., Art. 17 Rn. 19; *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 23. Aufl., Art. 17 EuGVÜ Rn. 8.

⁵⁹⁸ GmS-OGB, NJW 2000, 2340 (2341).

Genüge geleistet werde.⁵⁹⁹ Von einem anderen Teil der Lehre wird das Unterschriftenforder-
nis generell bestritten.⁶⁰⁰ Die deutsche Rechtsprechung hat diese Frage bei Anwendung des
Art. 17 EuGVÜ bzw. LugÜ bislang ganz offen gelassen.⁶⁰¹

Für die Beurteilung des Unterschriftenfordernisses im Hinblick auf moderne Kommuni-
kationstechniken ist die Entstehungsgeschichte der Übereinkommen zu berücksichtigen. Sie
deutet darauf hin, dass der Begriff der Schriftlichkeit grundsätzlich technisch weit zu verste-
hen ist. Diese Auffassung herrschte zumindest bei Schaffung des Art. 17 EuGVÜ vor: Damals
wurde bereits an Telegramm, Fernschreiben und ähnliche Übermittlungstechniken gedacht.⁶⁰²
Bei Abschluss des Lugano-Übereinkommens erhob sich in Bezug auf Art. 17 ebenfalls kein
Widerspruch dagegen, die traditionelle Schriftform auf derartige moderne Übermittlungstech-
niken zu erweitern.⁶⁰³ Daraus ist zu schließen, dass die Nutzung besonderer Kommunika-
tionstechniken der Einhaltung der Schriftform nicht von vornherein entgegensteht. Insofern ist da-
von auszugehen, dass das Unterschriftenfordernis zumindest dann entfallen kann, wenn
besondere Kommunikationstechniken einen Verzicht auf die Unterschrift notwendig machen
und dieser Verzicht üblich ist.⁶⁰⁴ Dies entspricht auch der herrschenden Meinung: Zumindest
Telegramm und Fernschreiben werden nach herrschender Ansicht der Schriftform iSd. Art. 17
EuGVÜ/LugÜ gerecht, sofern nur die Identität der erklärenden Person feststeht.⁶⁰⁵ Ob diese
Formerleichterung auch auf Emails übertragen werden kann, ist allerdings bislang nicht ge-
klärt.

bb) Reproduzierbarkeit als Text

Selbst ein Verzicht auf das Unterschriftenfordernis kann jedoch das Problem, ob auch e-
lektronische Übermittlungen der Schriftform iSd. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ
entsprechen, nicht vollständig lösen. Neben dem Problem der Unterschrift ist nämlich von
Bedeutung, dass elektronische Übermittlungen bei genauer Betrachtung gar kein Schriftstück
darstellen, sondern bloß einen Datentransfer beinhalten. Auch hier behilft sich die herrschen-
de Lehre jedoch mit einer technisch weiten Auslegung der Schriftlichkeit: Für die Schriftlich-
keit genügt jede Form der Übermittlung, bei der sichergestellt ist, dass damit zumindest der

⁵⁹⁹ Thomas/Putzo-*Hüßtege*, 23. Aufl., Art. 17 EuGVÜ Rn.8.

⁶⁰⁰ *Kröll*, IPRax 2002, 113 (114); *Kropholler*, EuZPR, 6. Aufl., Art. 17 Rn. 105.

⁶⁰¹ Vgl. BGH NJW 2001, 1731 (1731).

⁶⁰² *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (218), dort Fn. 50.

⁶⁰³ *Killias*, S. 158, dort Fn. 41.

⁶⁰⁴ Ebenso MK-ZPO-*Gottwald*, Bd. 3, Art. 17 EuGVÜ Rn. 22; *Musielak-Weth*, 2. Aufl., Art. 17 EuGVÜ Rn. 6.

⁶⁰⁵ BGH NJW 2001, 1731 (1731); *Hofstetter-Schnellmann*, S. 104; *Killias*, S. 157; *Musielak-Weth*, 2. Aufl., Art. 17 EuGVÜ Rn. 6; *Samtleben*, NJW 1974, 1590 (1592); *Stahelin*, S. 49; *Staudinger-Hausmann*, Anh. zu Art. 27 ff. EGBGB Rn. 127.

Nachweis einer Vereinbarung durch Text möglich ist.⁶⁰⁶ Im Ergebnis wird also nach herrschender Ansicht in der Literatur nur noch eine Reproduzierbarkeit als Text vorausgesetzt.⁶⁰⁷ Ob diesem weiten Verständnis von der Schriftform allerdings auch die deutsche Rechtsprechung folgen wird, ist unklar. Sie hat in Bezug auf Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a LugÜ lediglich festgestellt, dass von einer schriftlichen Willenserklärung nur dann die Rede sein könne, wenn sie in einem sichtbaren Text verkörpert sei, der den Urheber erkennen lasse.⁶⁰⁸

b) Anwendung auf elektronische Vereinbarungen via Internet

An diesen Anforderungen ist die Vereinbarung eines Gerichtsstandes via Internet zu messen. Im Internet kann die Einigung über den Gerichtsstand auf zweierlei Weise erfolgen: Zum einen besteht die Möglichkeit, dass die Parteien Emails austauschen und sich auf diesem Wege einigen. Häufig ist jedoch auch der Fall, dass der Warenanbieter Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die eine Gerichtsstandsklausel enthalten, und dass der Kunde per Mausklick auf der Anbieter-Webseite diesen AGB zustimmt. In beiden Fällen ist zu prüfen, ob die oben genannten Anforderungen an die Schriftform eingehalten sind.

aa) Email-Korrespondenz

Bei einer Email ist zumindest jenes Erfordernis unproblematisch zu bejahen, wonach eine Reproduzierbarkeit als Text möglich sein muss. Emails lassen sich abspeichern und ausdrucken, so dass sich Emails immer auch als Schriftstück vorweisen lassen. Es liegen dann mit den Emails der beiden Parteien zwei getrennte Willenserklärungen vor, die die Einigung über den Gerichtsstand dokumentieren. Angesichts der allgemeinen Ansicht, dass die Vereinbarung auch in getrennten Schriftstücken erfolgen kann, steht dies den Anforderungen des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ nicht entgegen.

(1) Unterschriftserfordernis

Zu diskutieren ist aber, ob für die Einhaltung der Schriftform des Weiteren erforderlich ist, dass die Parteien ihre Emails mit elektronischen Unterschriften versehen. Zur Klärung dieser Frage bietet sich ein Vergleich mit der Beurteilung des Unterschriftserfordernisses bei

⁶⁰⁶ *Boele-Woelki*, BerDGesVöR 39 (2000), 307 (322); *Junker*, RIW 1999, 809 (813), dort Fn. 43; *Kaufmann-Kohler*, in: *Boele-Woelki/Kessedjian* (Hrsg.), S. 89 (130); *Killias*, S. 84; *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (219).

⁶⁰⁷ Befürwortend *Waldenberger*, BB 1996, 2365 (2367). Kritisch *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (219).

⁶⁰⁸ BGH NJW 2001, 1731 (1731).

anderen Kommunikationstechniken an, nämlich Telegramm und Fernschreiben sowie Telefax.

Eine Gerichtsstandsvereinbarung, die unter Inanspruchnahme von Telegramm oder Fernschreiben getroffen wurde, erlangt Wirksamkeit ohne die Unterschriften der Parteien. Dies lässt darauf schließen, dass auch bei einer Gerichtsstandsvereinbarung per Email keine Unterschrift erforderlich ist. Jedoch sind die technischen Eigenheiten von einem Telegramm oder Fernschreiben einerseits und von einer Email andererseits zu berücksichtigen. Bei Telegramm und Fernschreiben ist der Verzicht auf die Unterschrift in der technischen Unmöglichkeit begründet, eine Unterschrift vorzunehmen: In beiden Fällen wird der Text nicht von der Partei selbst geschrieben, sondern lediglich einer zuständigen Stelle genannt, die daraufhin seine Übermittlung veranlasst. Ein Original, das der Erklärende eigenhändig erstellt hat, existiert nicht. Es liegt also in der Natur dieser beiden Kommunikationstechniken, dass eine Unterschrift gar nicht geleistet und folglich auch nicht übertragen werden kann.

Anders verhält es sich bei einem Telefax. Hier besteht zwar ebenso wie beim Telegramm oder beim Fernschreiben nicht die Möglichkeit, dass ein Schriftstück im Original übergeben wird. Jedoch ist es – und darin unterscheidet sich das Telefax von den beiden vorgenannten Übermittlungstechniken – durchaus möglich, dass die Partei den per Fernkopie zu übertragenden Text selbst verfasst und mit einer Unterschrift versieht, sei es auf Papier mit einer handschriftlichen, sei es in einer Textdatei mit einer elektronischen. Demnach ist beim Telefax nicht das Unterschriftserfordernis als solches unmöglich, sondern dem Text mangelt es nach seiner Übermittlung lediglich an der Eigenschaft, das Original zu sein, da dieses in den Händen des Ausstellers verbleibt. Nichtsdestotrotz enthält aber auch das Telefax eine Unterschrift, nur eben in Kopie. Eine eingehendere Betrachtung ergibt also, dass nicht jede moderne Kommunikationsform zwangsläufig zu einem Verzicht auf das Unterschriftserfordernis führen muss.

Insofern kann auch bei der Email die Unterschrift nicht von vornherein als überflüssig angesehen werden. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass eine Email von der Partei selbst geschrieben wird. Es besteht also durchaus die Möglichkeit, eine Unterschrift vorzunehmen.

Jedoch kommt bei einer Email nicht eine handschriftliche, sondern nur das Eintippen des Namens unter den Text in Betracht, ferner eine eingescannte Unterschrift oder aber eine elektronische Signatur. Hier stellt sich also nicht die Frage nach dem Unterschriftserfordernis als solchem, sondern vielmehr die Frage nach der Handschriftlichkeit. Insoweit ist aber wiederum die grundsätzliche Aufgeschlossenheit der Autoren der beiden Übereinkommen gegenüber

modernen Kommunikationstechniken zu berücksichtigen. Wenn sogar Telegramm und Fernschreiben dem Schriftformerfordernis des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ genügen, obwohl dort gar keine Unterschrift geleistet wird, dann ist davon auszugehen, dass eine Email, bei der die Unterschrift immerhin möglich ist, erst recht der Schriftform entspricht. Die fehlende Handschriftlichkeit einer Unterschrift unter den Text einer Email kann die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung demnach nicht hindern.

Zu klären gilt aber weiterhin, welche Art der elektronischen Unterschrift bei einer Email erforderlich ist: Zum einen könnte es ausreichen, wenn die Partei ihren Namen unter dem Text eintippt. Des Weiteren könnte man fordern, dass es sich um eine eingescannte Unterschrift handeln muss. Schließlich könnte man sogar eine elektronische Signatur verlangen. Diese Frage gilt es im Folgenden zu entscheiden.

(2) Anforderungen an die elektronische Unterschrift in einer Email

Für die Festlegung der Anforderungen an die elektronische Unterschrift in einer Email sind die grundsätzliche technische Offenheit der beiden Übereinkommen einerseits und der Zweck des Schriftformerfordernisses iSd. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ andererseits in Einklang zu bringen. Zum einen ist also die Grundtendenz der Übereinkommen zu berücksichtigen, wonach auch die Verwendung moderner Kommunikationstechniken der Einhaltung der Schriftform nicht zwangsläufig entgegensteht. Zum anderen ist aber darauf zu achten, dass die Anforderungen an die Schriftform nicht allzu sehr herabgesetzt werden. Dem stehen die weitreichenden Rechtsfolgen der Norm entgegen: Sowohl die allgemeine Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten gem. Art. 2 EuGVÜ/LugÜ als auch die besonderen Zuständigkeiten nach Art. 5 und Art. 6 EuGVÜ/LugÜ werden ausgeschlossen. Vor diesem Hintergrund hat die Rechtsprechung daher darauf hingewiesen, dass die Voraussetzungen des Art. 17 EuGVÜ/LugÜ eng auszulegen sind.⁶⁰⁹ Die erforderliche Form dient dabei dem Zweck der Beweissicherung und – angesichts der weitreichenden Rechtsfolge – dem Schutz vor übereilten Entscheidungen.⁶¹⁰ Dies leuchtet insoweit ein, als ein geschriebener Text die Feststellung darüber, ob eine Einigung zwischen den Parteien erfolgt ist, gegenüber einem mündlichen Einigwerden in der Tat deutlich erleichtert. Auch verwendet der Erklärende auf eine schriftliche Erklärung üblicherweise mehr Gedanken als auf eine mündliche, welche schnell einmal „da-

⁶⁰⁹ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 24/76 – *Estasis Salotti / Rüwa*, Slg. 1976, 1831 Rn. 7; Urteil vom 20.2.1997, Rs. 106/95 – *MSG*, Slg. 1997, I-911 Rn. 14; BGH NJW 1996, 1819 (1819); NJW 1994, 2699 (2700).

⁶¹⁰ *Pichler*, in: Hoeren/Sieber, Teil 31, Rn. 194.

hingesagt“ werden kann. Hingegen ist ein strenges Unterschriftserfordernis für den Übereilungsschutz und zur Beweissicherung nicht nötig.

Dies wird auch durch die allgemeine Ansicht bestätigt, dass sowohl Telegramm als auch Fernschreiben dem Schriftformerfordernis des Art. 17 EuGVÜ/LugÜ Genüge leisten, obgleich in beiden Fällen auf die Unterschrift gänzlich verzichtet werden muss. Insofern erscheint es nicht angebracht, gerade an die Unterschrift unter den Text einer Email einen allzu strengen Maßstab anzulegen. Die Forderung einer elektronischen Signatur als strengste mögliche Anforderung an die Schriftform ist insofern als Erstes abzulehnen. Gegen die elektronische Signatur spricht im Übrigen, dass sie im internationalen Geschäftsverkehr gegenwärtig nur dann einen wirklichen Wert hat, wenn die Parteien aus Mitgliedstaaten der EU kommen, weil bislang nur innerhalb der EU die Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen vereinheitlicht worden sind.⁶¹¹ In anderen Staaten unterliegen elektronische Signaturen hingegen nicht vereinheitlichten Sicherheitsstandards, so dass der Wert einer elektronischen Signatur in diesem Kontext ohnehin fragwürdig ist. Aber auch eine eingescannte Unterschrift leistet keinen besonderen Beitrag für den Übereilungsschutz und den Nachweis der Einigung der Parteien. Mithin ist an dieser Stelle die Schlussfolgerung zu ziehen, dass dem Sinn und Zweck des Schriftformerfordernisses bereits dann Genüge geleistet wird, wenn ein bloßes Eintippen des Namens unter den Text der Email erfolgt.

Allerdings ist zu beachten, dass eine lediglich eingetippte Unterschrift keine verlässliche Auskunft über die Identität des Erklärenden gibt. Nur eine handschriftliche Unterschrift lässt einen Schluss über den Urheber einer Erklärung zu. Hingegen kann das Eintippen eines Namens unter einen Text in einer Email auch durch jede beliebige andere Person erfolgen, die gar nicht der Namensträger ist. Dies steht der Annahme, dass ein Eintippen des Namens als Unterschrift ausreichend ist, jedoch nicht entgegen. Das gleiche Problem stellt sich nämlich auch bei Telegramm und Fernschreiben, für die dennoch die Schriftform bejaht wird. Zu verlangen ist lediglich, dass bei einer Gerichtsstandsvereinbarung via Email – ebenso wie bei der Verwendung von Telegramm oder Fernschreiben – die Identität des Erklärenden auf andere Weise feststellbar sein muss. Ist dies nicht der Fall, kann eine Einigung zwischen den Parteien über den Gerichtsstand auch dann nicht unterstellt werden, wenn das Schriftformerfordernis

⁶¹¹ Vgl. die Richtlinie 99/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABLEG Nr. L 13 vom 19.1.2000, S. 12. Zur Richtlinie selbst siehe *Blaurock/Adam*, ZEuP 2001, 93 (95-100); *Gravesen/Dumortier/van Eecke*, MMR 1999, 577 ff.; zur Umsetzung in den Mitgliedstaaten siehe *Dumortier/Rinderle*, CRi 2001, 5 ff.; *Möglich*, MMR 2000, 7 ff..

für sich genommen zu bejahen ist. Die eingetippte Unterschrift liefert jedenfalls keine eindeutigen Hinweise auf den Erklärenden.

(3) Ergebnis

Als Ergebnis ist nach alledem festzuhalten, dass eine Email dem Schriftformerfordernis grundsätzlich genügen kann. Eine Reproduzierbarkeit der via Internet übertragenen Daten als Text ist möglich. Auch das Unterschriftserfordernis ist erfüllt, sofern nur der Name des Erklärenden unter den Text eingetippt wird. Zu beachten ist allerdings, dass eine eindeutige Aussage über die Identität des Erklärenden anhand dieser Unterschrift nicht möglich ist. Dies steht der Schriftform jedoch nicht von vornherein entgegen.

bb) Zustimmung per Mausklick zu den AGB des Anbieters

Neben einer Gerichtsstandsvereinbarung via Email kommt eine Vereinbarung dadurch in Betracht, dass der Kunde per Mausklick den AGB des Anbieters zustimmt, die auch eine Gerichtsstandsklausel enthalten. In diesem Fall bereitet die Entscheidung darüber, ob die Schriftform iSd. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ eingehalten ist, große Probleme.

(1) Reproduzierbarkeit als Text

Fraglich ist, ob die Vereinbarung als Text reproduzierbar ist. Zwar ist unproblematisch davon auszugehen, dass sich die AGB des Anbieters ausdrucken lassen und somit als Text reproduzierbar sind. Jedoch ist zu beachten, dass damit nicht die Einigung der Parteien selbst dokumentiert wird. Vielmehr wird nur der Wortlaut der Gerichtsstandsklausel als Text wiedergegeben, unabhängig davon, ob die Parteien über ihre Einbeziehung in den Vertrag eine Einigung erzielt haben oder nicht. Darüber hinaus müsste aber auch die Zustimmung des Kunden per Mausklick als Text reproduzierbar sein. Dies erscheint zweifelhaft. Zwar wird, wie bereits oben ausführlich dargelegt, in den Dateien des Anbieters ein Vermerk darüber gemacht, dass die Zustimmung des Kunden per Mausklick erfolgt ist. Bei diesem Vermerk handelt es sich jedoch nicht um die Erklärung der zustimmenden Partei selbst, sondern vielmehr um eine Art Protokoll-Eintrag darüber, dass eine solche Erklärung abgegeben wurde. Die Erklärung des Kunden selbst – „Ich stimme den AGB zu.“ – kann demnach nicht als Text reproduziert werden. Dies spricht dagegen, eine Reproduzierbarkeit der Gerichtsstandsvereinbarung selbst als Text zu bejahen.

Zwar lässt sich auch hier darauf hinweisen, dass von den Autoren der Übereinkommen eine großzügige Anwendung der Vorschrift auf neue Kommunikationstechniken gewollt war. Das macht die allgemeine Anerkennung von Telegramm und Fernschreiben als formgerecht deutlich. Fraglich ist jedoch, ob eine Gleichbehandlung der vorliegenden Konstellation mit dem Telegramm und dem Fernschreiben erfolgen kann.

Im Vergleich der Zustimmung per Mausklick mit den allgemein anerkannten Formen des Telegramms und des Fernschreibens fällt auf, dass durch den Mausklick tatsächlich nur noch Daten übertragen werden, nämlich die Information, dass der Kunde den AGB zustimmt. Ein Text wird hingegen weder auf den Weg gebracht noch an den Empfänger ausgeliefert, worin sich diese moderne Kommunikationstechnik von den beiden vorgenannten klar unterscheidet. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Gleichbehandlung nicht angebracht. Es wäre eine zu weitgehende Ausdehnung des Schriftformerfordernisses, den ausschließlichen Datenverkehr, der ohne Übermittlung eines Textes erfolgt, dem Schriftverkehr gleichzustellen. Die Einhaltung der Schriftform ist demnach zu verneinen.

Es fragt sich allerdings, ob diese Schlussfolgerung nicht einen Widerspruch zu dem oben im Rahmen des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO gefundenen Ergebnis darstellt. Dort wurde angenommen, dass die Übermittlung jener Information, dass der Kunde das Feld „Ich stimme den AGB zu.“ angeklickt hat, für die dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung iSd. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO ausreichend ist und somit gem. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO der Schriftform gleichgestellt werden kann. Hier wird demgegenüber festgestellt, dass die Übermittlung dieser Information für die Reproduzierbarkeit als Text nicht ausreichend sei. Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Regelungen in Art. 23 Abs. 2 EuGVVO einerseits und in Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ andererseits ist dies jedoch nicht als Widerspruch zu werten.

Zum einen ist zu bedenken, dass Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ nicht für elektronische Übermittlungen geschaffen wurde, während Art. 23 Abs. 2 EUGVVO ausdrücklich auf solche Verträge zugeschnitten ist, die in elektronischer Form geschlossen werden.⁶¹² Insofern ist im Rahmen des Art 23 Abs. 2 EuGVVO unter Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers ein weites Verständnis der genannten Voraussetzungen im Hinblick auf elektronische Übermittlungen per Mausklick angebracht, nicht hingegen im Rahmen des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ. Die Anforderung an die Schriftform iSd. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ, dass die Gerichtsstandsvereinbarung selbst, d.h. die Erklärungen beider Parteien, als Text reproduzierbar sein muss, darf insofern bei elektronischen Übermittlungen

⁶¹² Vgl. Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 20.

nicht modifiziert werden. Zum anderen wird das hier gefundene Ergebnis durch die neue Regelung des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO geradezu bestätigt: Art. 23 Abs. 2 EuGVVO besagt, dass elektronische Übermittlungen, sofern sie eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, der Schriftform „gleichgestellt“ sind. Diese Formulierung impliziert, dass eine elektronische Übermittlung gerade nicht der Schriftform entspricht. Andernfalls müsste man sie der Schriftform nicht „gleichstellen“. Das hier festgestellte Ergebnis wird ferner durch eine Aussage der Kommission in der Begründung zum Verordnungsentwurf erhärtet, wonach eine Gerichtsstandsklausel, deren Inhalt über einen Bildschirm sichtbar gemacht werden kann, „nicht in schriftlicher Form vereinbart worden ist“.⁶¹³

Nach alledem stehen die oben im Rahmen des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO angestellten Überlegungen dem hier gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Insofern wird daran festgehalten, dass die Erklärung des Kunden per Mausklick, dass er den AGB des Warenanbieters und damit auch der Gerichtsstandsklausel zustimme, nicht als Text reproduzierbar ist.

(2) Formerleichterung der Halbschriftlichkeit gem. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 2 EuGVÜ/LugÜ

Möglicherweise ist eine formwahrende Einigung der Parteien über den Gerichtsstand bei einem Vertragsschluss per Mausklick aber dann möglich, wenn der Anbieter nach dem Mausklick des Kunden an diesen eine Email sendet, in der er bestätigt, dass eine Zustimmung zu den auf der Webseite einsehbaren AGB erfolgt ist. Allerdings stehen nur die AGB des Anbieters auf der Webseite und die Bestätigung des Anbieters per Email als reproduzierbarer Text zur Verfügung, nicht jedoch die Willenserklärung des Kunden selbst. Den Anforderungen des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ/LugÜ wird also auch bei diesem Vorgehen nicht genügt.

Es ähnelt jedoch demjenigen, das Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 2 EuGVÜ/LugÜ vorsieht: eine vorweggenommene formlose Vereinbarung mit anschließender schriftlicher Bestätigung. Fraglich ist also, ob nicht wenigstens der Form der Halbschriftlichkeit Genüge geleistet wird. Zwar fällt auf, dass die hier in Rede stehende Vereinbarung nicht mündlich getroffen worden ist, wie es Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 2 EuGVÜ/LugÜ vorschreibt, sondern online im Internet. Eine direkte Anwendung der Vorschrift scheidet daher aus. Die Vorschrift könnte jedoch analog anwendbar sein. Allerdings wurde Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 2 EuGVÜ/LugÜ nicht geschaffen, um die Wirksamkeit solcher Gerichtsstandsvereinbarungen zu

⁶¹³ Begr. der Kommission zum Verordnungsvorschlag, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 20.

retten, die an dem Schriftformerfordernis des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ/LugÜ scheitern. Die Funktion der Formerleichterung haben in derartigen Fällen ausschließlich die Regelungen in Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. b und lit. c EuGVÜ/LugÜ.⁶¹⁴ Dementsprechend hat die Rechtsprechung in Bezug auf Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 2 EuGVÜ klargestellt, dass es eine zwingende Voraussetzung der halben Schriftlichkeit sei, dass der Bestätigung ein mündlicher Vertragsabschluss vorangegangen ist, durch den auch die AGB mit ihrer Zuständigkeitsregelung in die Willenseinigung der Parteien wenigstens konkludent einbezogen wurden.⁶¹⁵ Es reiche dagegen nicht aus, wenn eine Gerichtsstandsabrede ohne vorangegangenen mündlichen Vertragsabschluss erstmals in ein Bestätigungsschreiben aufgenommen werde.⁶¹⁶ Unter diesen Umständen müsse der Empfänger vielmehr schriftlich zustimmen.⁶¹⁷ Im Ergebnis ist also in einem solchen Fall doch wieder die Schriftform des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ/LugÜ zu beachten. Mithin hilft auch die Formerleichterung der Halbschriftlichkeit bei einer Zustimmung des Kunden per Mausclick zu einer Gerichtsstandsklausel nicht weiter.

(3) Ergebnis

Festzuhalten bleibt nach alledem, dass die Zustimmung per Mausclick zu einer Gerichtsstandsklausel in den AGB des Warenanbieters keinesfalls den Anforderungen des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ genügt.⁶¹⁸ Es kann weder die Schriftform iSd. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ/LugÜ gewahrt werden noch die Form der Halbschriftlichkeit iSd. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 2 EuGVÜ/LugÜ.

2. Vergleich mit der Rechtslage unter Geltung des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO

Es lässt sich also feststellen, dass lediglich eine Gerichtsstandsvereinbarung, die im Rahmen einer Email-Korrespondenz getroffen wird, dem Schriftformerfordernis gem. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a Alt. 1 EuGVÜ/LugÜ gerecht wird. Sofern sich die Gerichtsstandsklausel

⁶¹⁴ *Kropholler*, EuZPR, 6. Aufl., Art. 17 Rn. 38; Bericht *Schlosser*, ABLEGG Nr. C 59 vom 5.3.1979, S. 71, dort Rn. 179; *Schlosser*, EuZPR, 1. Aufl., Art. 17 Rn. 21; *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 23. Aufl., Art. 17 EuGVÜ Rn. 10, 11.

⁶¹⁵ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 25/76 – *Segoura*, Slg. 1976, 1851 Rn. 10f.; BGH NJW 1994, 2699 (2700).

⁶¹⁶ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 25/76 – *Segoura*, Slg. 1976, 1851 Rn. 11; BGH NJW 1994, 2699 (2700).

⁶¹⁷ EuGH, Urteil vom 14.12.1976, Rs. 25/76 – *Segoura*, Slg. 1976, 1851 Rn. 11; BGH NJW 1994, 2699 (2700).

⁶¹⁸ Ebenso *Pichler*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Teil 31 Rn. 194. Ähnlich *Thomas/Putzo-Hüßtege*, 23. Aufl., Art. 17 EuGVÜ Rn. 8; *Killias*, S. 158; *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (219). Offengelassen bei *Junker*, *RIW* 1999, 809 (813).

hingegen in den AGB des Anbieters befindet und der Kunde diesen mit einem Mausklick zustimmt, ist die Schriftform des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ nicht erfüllt.

Demnach hat die Neuregelung bezüglich elektronischer Gerichtsstandsvereinbarungen in Art. 23 Abs. 2 EuGVVO, wonach elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, der Schriftform gleichgestellt sind, gegenüber der Rechtslage nach Art. 17 EuGVÜ/LugÜ eine Änderung der rechtlichen Beurteilung von elektronisch abgeschlossenen Gerichtsstandsvereinbarungen mit sich gebracht.⁶¹⁹ Denn sie erfasst den obigen Ausführungen zufolge auch solche Gerichtsstandsvereinbarungen, die durch die Zustimmung des Kunden per Mausklick zu den AGB des Anbieters erfolgt sind. Die neue Regelung führt also zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift.

Für Sachverhalte unter Geltung des EuGVÜ oder LugÜ ist hingegen festzuhalten, dass ein Gerichtsstand zwar durchaus formwirksam über das Internet vereinbart werden kann, allerdings nur durch das Austauschen von Emails.

VII. Zusammenfassung

Die Feststellung der Gerichtszuständigkeit anhand der Vorschriften des EuGVÜ bzw. des LugÜ bereitet bei Verträgen, die im Internet abgeschlossen werden, zahlreiche Probleme. Die genannten Vorschriften werden den typischen Eigenheiten des Internet nicht gerecht. Die größten Schwierigkeiten beruhen auf der fehlenden Lokalisierbarkeit der Parteien, des Weiteren auf der Beliebigkeit des Ortes, an dem eine Erklärung via Internet vorgenommen wird, und schließlich auf der fehlenden Formgültigkeit von elektronischen Erklärungen. Der Rechtsanwender wird damit bei Anwendung des EuGVÜ und des LugÜ gerade vor jene Probleme gestellt, die mit der Neuregelung durch die EuGVVO ausgeräumt werden sollten. Nur vereinzelt kann diesen Problemen mit einer weiten Auslegung der Norm oder mit einer teleologischen Reduktion begegnet werden, um bei der Rechtsanwendung gerechte Ergebnisse zu erzielen.

D. Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit anhand des deutschen Internationalen Zivilprozessrechts

Wenn weder die EuGVVO noch das EuGVÜ bzw. LugÜ anwendbar sind, richtet sich die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nach dem autonomen Internationalen

⁶¹⁹ Vgl. dazu näher Abschnitt B VII 3a im 1. Teil dieser Arbeit.

Zivilprozessrecht, das im Forumstaat gilt. In Deutschland kommen auf diese Weise die Vorschriften der ZPO zur Anwendung.⁶²⁰ Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ergibt sich dabei aus den Regeln über die örtliche Zuständigkeit (§§ 12-37 ZPO), so dass grundsätzlich ein örtlich zuständiges deutsches Gericht auch international zuständig ist.⁶²¹ Die deutschen Vorschriften über den örtlichen Gerichtsstand sind insoweit doppelfunktional.⁶²²

In einem Überblick soll untersucht werden, inwieweit sich bei Vorliegen eines Vertrages, der im Internet abgeschlossen wird, Probleme bei der Anwendung der deutschen Vorschriften, d.h. der §§ 12 ff. ZPO, ergeben.

I. Allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes bzw. Sitzes gem. §§ 12, 13, 17 ZPO

Allgemeiner Gerichtsstand ist gem. §§ 12, 13, 17 ZPO der Wohnsitz des Beklagten bzw. der Sitz der beklagten juristischen Person. Der Wohnsitz einer Person iSd. § 13 ZPO ist den §§ 7-11 BGB zu entnehmen.⁶²³ Als Sitz einer juristischen Person gilt gem. § 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO der Ort, an dem die Verwaltung geführt wird, allerdings nur dann, wenn sich nichts anderes ergibt. Bei den juristischen Personen des Privatrechts ergibt sich etwas anderes regelmäßig durch die Satzung.⁶²⁴

Die Bestimmung des Sitzes anhand der Satzung bereitet auch bei einem Unternehmen, das im Internet-Handel tätig ist, keine Probleme. Ebenso wenig bestehen an der Bestimmung des Ortes der tatsächlichen Verwaltung Bedenken. Selbst ein solches Unternehmen, das nicht nur den Abschluss, sondern auch die Abwicklung der Verträge via Internet vornimmt, ohne dass dafür Personal zum Einsatz käme, muss auf irgendeine Art verwaltet werden, indem beispielsweise die Buchführung von einer realen Person überprüft wird.

Der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes bereitet also bei Internet-Sachverhalten keine besonderen Rechtsanwendungsprobleme.

⁶²⁰ Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Vorbem EuGVVO Rn. 4; Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 35.

⁶²¹ BGHZ 120, 335 (337); 119, 392 (393); 115, 90 (92); 94, 156 (157); 80, 1 (3); 63, 219 (220); Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., Vorbem § 1 ZPO Rn. 6; Schack, IZVR, Rn. 236.

⁶²² BGHZ 94, 156 (157f.); 119, 392 (393); 120, 334 (337); Nagel/Gottwald, § 3 Rn. 216; Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 35; ders., in: Innenhauser/Wichtermann (Hrsg.), S. 229 (238).

⁶²³ Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 13 ZPO Rn. 1.

⁶²⁴ Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 17 ZPO Rn. 3; Zöller-Vollkommer, § 17 ZPO Rn. 9.

II. Besonderer Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung gem. § 21 ZPO

Als besonderer Gerichtsstand kommt ferner der Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung gem. § 21 ZPO in Betracht. Vorliegen muss zunächst ein Gewerbe des Beklagten. Darunter ist ein auf Erwerb abzielendes Unternehmen einer natürlichen oder juristischen Person zu verstehen.⁶²⁵ Dies trifft auf ein Unternehmen, das im Internet-Handel tätig ist, unproblematisch zu.

1. Niederlassung

Genauerer Erörterung bedarf bei Internet-Sachverhalten aber die Voraussetzung der Niederlassung. Eine Niederlassung iSd. § 21 ZPO ist jede von dem Inhaber an einem anderen Ort als dem seines Wohnsitzes oder Sitzes für eine gewisse Dauer eingerichtete, auf seinen Namen und für seine Rechnung betriebene und selbständige, d.h. aus eigener Entscheidung zum Geschäftsabschluss und Handeln berechnete Geschäftsstelle.⁶²⁶

Wie bereits im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 60 Abs. 1 lit. c EuGVVO für das Vorliegen einer Hauptniederlassung erörtert, ergeben sich bei der Anwendung dieser Voraussetzungen besondere Probleme. Die oben gefundenen Ergebnisse lassen sich auch auf die Feststellung einer Niederlassung gem. § 21 ZPO übertragen.⁶²⁷ Zwar handelt es sich bei dem Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung iSd. § 21 ZPO um deutsches Recht und nicht um vereinheitlichtes europäisches Recht. Die Definition der Niederlassung iSd. § 21 ZPO nach deutschem Rechtsverständnis weist jedoch keine wesentlich anderen Voraussetzungen auf als jene der Hauptniederlassung iSd. Art. 60 Abs. 1 lit. c EuGVVO. Einziger Unterschied ist wiederum die Tatsache, dass eine Hauptniederlassung gegenüber einer sonstigen Niederlassung eine übergeordnete Position innehat. Davon abgesehen, muss auch die Hauptniederlassung alle Merkmale einer sonstigen Niederlassung aufweisen.

Insofern lässt sich auch im Rahmen des § 21 ZPO folgendes Ergebnis festhalten: Wenn das Unternehmen die Vertragsleistung ausschließlich online erbringt, ist das Vorliegen einer Niederlassung regelmäßig zu verneinen. Ein Server in Deutschland oder eine auf Deutschland ausgerichtete Webseite sind jedenfalls nicht ausreichend, um eine Niederlassung zu begründen.⁶²⁸ Anders verhält es sich, wenn es sich um ein Unternehmen handelt, das seine Waren

⁶²⁵ Zöller-Vollkommer, § 21 ZPO Rn. 5.

⁶²⁶ BGH NJW 1987, 3081 (3082); Zöller-Vollkommer, § 21 ZPO Rn. 6.

⁶²⁷ Ebenso Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Art. 5 Rn. 90, der ausdrücklich auf die Verwandtschaft von Art. 5 Nr. 5 EUGVVO und § 21 ZPO hinweist.

⁶²⁸ Vgl. die Abschnitte B III 1b aa (2) und (3) im 1. Teil dieser Arbeit. Ferner Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 85.

lediglich im Internet anbietet, die Lieferung dann aber durch einen Warenversand auf dem Postweg oder per Transport vornimmt. Dann kommt ein Operationszentrum als Niederlassung in Betracht, sofern das Personal an diesem Ort auch zum unmittelbaren Abschluss von Geschäften mit Dritten befugt ist.⁶²⁹

2. Beziehung der Klage zum Geschäftsbetrieb der Niederlassung

Dem Wortlaut der Vorschrift zufolge muss die Klage außerdem eine Beziehung zum Geschäftsbetrieb der Niederlassung aufweisen. Hierzu ist erforderlich, dass das Rechtsgeschäft, aus dem die Streitigkeit hervorgegangen ist, mit Rücksicht auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung abgeschlossen wurde oder zumindest als dessen Folge erscheint.⁶³⁰ Das Geschäft muss also gleichsam von der Niederlassung ausgegangen sein.⁶³¹ Bei der Prüfung dieser Voraussetzung stellen sich letztlich die gleichen Probleme wie im Rahmen des Art. 5 Nr. 5 EuGVVO bei der Bestimmung der Betriebsbezogenheit der Streitigkeit. Insofern kann hier auf die obige Darstellung verwiesen werden.⁶³² Eine Beziehung der Klage zum Geschäftsbetrieb der Niederlassung ist nach den obigen Ausführungen etwa dann anzunehmen, wenn sich aus einer Auftragsbestätigung oder aus einem Liefer- oder Rechnungsschein bei einem Warenversand ergibt, dass nicht das Stammhaus, sondern eine Niederlassung die Verbindlichkeit eingegangen ist und die Erfüllung vorgenommen hat.

III. Besonderer Gerichtsstand des Vermögens gem. § 23 Satz 1 Alt. 1 ZPO

Gerade im Hinblick darauf, dass ein im Internet-Handel tätiges Unternehmen vielfach keine Niederlassungen gründet, sondern allenfalls Warenlager unterhält, ist auf den besonderen Gerichtsstand des Vermögens gem. § 23 Satz 1 Alt. 1 ZPO einzugehen. Entscheidende Voraussetzung des Gerichtsstands des Vermögens ist, dass die beklagte Person zwar keinen Wohnsitz im Inland hat, sich jedoch Vermögen dieser Person im Bezirk eines deutschen Gerichts befindet. Ferner verlangt § 23 Satz 1 Alt. 1 ZPO, dass mit der Klage vermögensrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden.

Der Gerichtsstand des Vermögens iSd. § 23 ZPO ist damit gerade für Internet-Sachverhalte, die den Gegenstand dieser Untersuchung bilden, von Bedeutung. Bei Anwendung der Vorschriften über die internationale Gerichtszuständigkeit stößt man immer wieder

⁶²⁹ Vgl. Abschnitt B III 1a bb (1) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁶³⁰ RGZ 23, 424 (428); 30, 326 (328); Zöller-Vollkommer, § 21 ZPO Rn. 11.

⁶³¹ Fricke, VersR 2000, 1194 (1195).

⁶³² Vgl. Abschnitt B V 2 im 1. Teil dieser Arbeit.

auf das Problem, dass ein im Internet-Handel tätiges Unternehmen nicht lokalisiert werden kann. Dies haben etwa die Erörterungen beim Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung iSd. § 21 ZPO gezeigt. Im Hinblick auf dieses Problem kann § 23 ZPO weiterhelfen. Die Vorschrift stellt nicht etwa auf die Lokalisierung des Unternehmens selbst im Inland ab, sondern bloß auf die Lokalisierung von Vermögen im Inland. In Anbetracht der typischen Schwierigkeiten, einen solchen Warenanbieter in der realen Welt zu lokalisieren, der lediglich einen virtuellen Auftritt in Gestalt einer Webseite im WWW hat, kann hierin ein besonderer Vorteil für den Kläger bestehen.

Die Regelung des § 23 Satz 1 Alt. 1 ZPO über den besonderen Gerichtsstand des Vermögens ist insofern einer genaueren Betrachtung zu unterziehen.

1. Vermögensrechtliche Klage

Grundvoraussetzung des § 23 Satz 1 Alt. 1 ZPO ist eine vermögensrechtliche Klage. Eine vermögensrechtliche Klage liegt vor, wenn der prozessuale Anspruch auf Geld oder geldwerte Gegenstände, d.h. Sachen oder Rechte, abzielt oder auf einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis beruht, das auf Gewinn oder Erhaltung von Geld oder geldwerten Gegenständen gerichtet sein muss.⁶³³ Bei den hier in Rede stehenden Klagen der Parteien aus einem Kaufvertrag, der im Internet geschlossen wurde, ist dies regelmäßig zu bejahen: Gegenstand einer Klage aus einem Kaufvertrag ist üblicherweise entweder ein Anspruch auf Übergabe oder Rückgewähr des Kaufgegenstandes, d.h. eines geldwerten Gegenstandes, oder aber ein Anspruch auf Geld, etwa auf Zahlung oder Rückgewähr des Kaufpreises oder auf Schadensersatz wegen Schlechterfüllung oder Verzuges.

2. Beklagter ohne Wohnsitz im Inland

Ferner setzt § 23 ZPO voraus, dass der Beklagte keinen Wohnsitz im Inland hat. Die Vorschrift wird aber auch auf juristische Personen angewandt: Gem. § 17 ZPO wird dann auf den fehlenden Sitz oder eine fehlende Niederlassung im Inland abgestellt.⁶³⁴

In Abgrenzung zum Anwendungsbereich der einheitlichen europäischen Vorschriften über die internationale Gerichtszuständigkeit ist die Voraussetzung des fehlenden Wohnsitzes im Inland zu präzisieren: Der Wohnsitz bzw. Sitz des Beklagten muss nicht nur generell im Aus-

⁶³³ BGHZ 14, 72 (74); Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., Einl IV Rn. 1.

⁶³⁴ BAG NJW 1985, 2910 (2911); OLG München NJW-RR 1993, 701 (704); Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 23 ZPO Rn. 2.

land, sondern genauer gesagt außerhalb der EU bzw. der EFTA-Staaten liegen. Andernfalls finden auf den Sachverhalt die Vorschriften der EuGVVO, des EuGVÜ (im Verhältnis zu Dänemark⁶³⁵) oder des LugÜ Anwendung, welche gem. Art. 3 Abs. 2 iVm. Anhang I EuGVVO bzw. gem. Art. 3 Abs. 2 3. Spiegelstrich EuGVÜ/LugÜ die Vorschrift des § 23 ZPO verdrängen.

3. Vermögen des Beklagten in Deutschland

Die zentrale Voraussetzung des § 23 ZPO ist jedoch, dass sich Vermögen des Beklagten in Deutschland befindet. Dann wird die Zuständigkeit desjenigen Gerichts begründet, in dessen Bezirk das Vermögen liegt. Maßgebender Zeitpunkt für diese Voraussetzung ist der Eintritt der Rechtshängigkeit, gem. § 261 Abs. 1 ZPO also die Klageerhebung iSd. § 253 Abs. 1 ZPO.⁶³⁶ Möglich ist also, dass ein ausländischer Warenanbieter im Internet auch dann in Deutschland verklagt werden kann, wenn der Anbieter zum Zeitpunkt der Klageerhebung zwar keinen Wohnsitz bzw. Sitz und auch keine Niederlassung, dafür aber Vermögen in Deutschland hat. An den Begriff des Vermögens sind jedoch besondere Anforderungen zu stellen, die es im Folgenden zu untersuchen gilt.

a) Begriff des Vermögens

Vermögen ist grundsätzlich jeder geldwerte Gegenstand, der einen selbständigen Verkehrswert hat und gegenwärtig ist.⁶³⁷ Daneben sind weitere Einschränkungen zu machen. Durch die Regelung des § 23 ZPO, der seinem Wortlaut nach ausschließlich auf das Vorliegen irgendwelchen Vermögens in Deutschland abstellt, kann sich andernfalls eine exorbitante internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ergeben.⁶³⁸ Dies machen folgende Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung deutlich: Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte gem. § 23 ZPO wurde etwa deswegen bejaht, weil der Beklagte ein Handelsbuch in Deutschland zurückgelassen hatte.⁶³⁹ Auch das Zurücklassen einiger Obstkörbe hat zu einer Bejahung der Zuständigkeit gem. § 23 ZPO geführt.⁶⁴⁰ Eine derartig weite Zuständigkeitsregelung ist

⁶³⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 3 EuGVVO.

⁶³⁶ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 23 ZPO Rn. 8; *Rißmann*, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (727); Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 23 ZPO Rn. 5; Zöller-Vollkommer, § 23 ZPO Rn. 12.

⁶³⁷ Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 23 ZPO Rn. 6.

⁶³⁸ Vgl. v.Hoffmann/Thorn, § 3 Rn. 45; Kropholler, IPR, § 58 III 7; MK-ZPO-Patzina, § 23 ZPO Rn. 2; Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 45; Schack, IZVR, Rn. 324.

⁶³⁹ RGZ 51, 163 (165).

⁶⁴⁰ RGZ 75, 147 (152).

den internationalen Vorschriften über die gerichtliche Zuständigkeit fremd.⁶⁴¹ Dies machen die Regelungen in Art. 3 Abs. 2 iVm. Anhang I EuGVVO bzw. gem. Art. 3 Abs. 2 3. Spiegelstrich EuGVÜ/LugÜ deutlich, die die Anwendung des § 23 ZPO explizit ausschließen.⁶⁴² Grundsätzlich unterliegen die Zuständigkeitsregeln nämlich sowohl im deutschen⁶⁴³ als auch im europäischen Einheitsrecht dem Grundsatz, dass die Klage am Wohnsitz des Beklagten zu erheben ist: „Actor sequitur forum rei.“⁶⁴⁴ Dieser Grundsatz wird mit der Vorschrift des § 23 ZPO aber unterbrochen. Insofern müssen besondere Umstände vorliegen, die eine Ausnahme von dem Grundsatz rechtfertigen.

An die Voraussetzung, dass sich Vermögen im Inland befinden muss, sind aus diesem Grund zusätzliche Anforderungen zu stellen. Zur Bestimmung dieser besonderen Anforderungen ist der Zweck der Vorschrift zu berücksichtigen. Die Vorschrift hat den Zweck, die Rechtsverfolgung, einschließlich der Zwangsvollstreckung, gegen Personen ohne Wohnsitz in Deutschland zu ermöglichen, und zwar aufgrund der Tatsache, dass sie Vermögen im Inland haben.⁶⁴⁵ Dies ist in zwei Fällen ausgeschlossen. Die Zwangsvollstreckung ist dann nicht möglich, wenn das Vermögen, in das vollstreckt werden soll, gar nicht pfändbar ist. Insofern ist zu fordern, dass es sich bei dem Vermögen iSd. § 23 ZPO nicht um unpfändbare Vermögensstücke handeln darf.⁶⁴⁶ Ferner kann der Zweck der Vorschrift, die Zwangsvollstreckung in Deutschland zu ermöglichen, dann nicht erreicht werden, wenn das Vermögen dem Wert des Streitgegenstandes nicht einmal annähernd entspricht. Auf Gegenstände, deren Wert einen Überschuss über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten lässt, kann es also ebenfalls nicht ankommen. Daraus ist zu schließen, dass der Wert des Vermögensstückes auch nicht unverhältnismäßig geringer sein darf als der Wert des Streitgegenstandes.⁶⁴⁷ Vermögen sind daher richtigerweise nur die dem Vollstreckungszugriff unterliegenden Gegenstände des Beklagten, wobei die Möglichkeit bestehen muss, dass das im Gerichtsstand nach § 23 Satz 1

⁶⁴¹ BGHZ 115, 90 (94); 52, 251 (256); 42, 194 (199f.); *Pichler*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 45.

⁶⁴² Thomas/Putzo-*Hüßtege*, 26. Aufl., Art. 3 EuGVVO Rn. 1; *Kropholler*, EuZPR, 7. Aufl., Art. 3 Rn. 5.

⁶⁴³ Vgl. §§ 12, 13 ZPO.

⁶⁴⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO bzw. Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ.

⁶⁴⁵ BGHZ 115, 90 (93 ff.); BGH NJW 1997, 2885 (2886); BGH NJW 1999, 1395 (1396); OLG Hamburg, NJW-RR 1996, 203 (203); OLG München, IPRax 1993, 237 (239); *Geimer*, JZ 1984, 979 (979); *Zöller-Vollkommer*, § 23 ZPO Rn. 1.

⁶⁴⁶ OLG Hamburg, NJW-RR 1999, 1721 (1722); *Geimer*, JZ 1984, 979 (981); Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 23 Rn. 21; *Zöller-Vollkommer*, § 23 ZPO Rn. 7. Anderer Ansicht Thomas/Putzo-*Putzo*, 26. Aufl., § 23 ZPO Rn. 6. Offengelassen vom BGH in BGHZ 115, 90 (93).

⁶⁴⁷ Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 23 Rn. 21; *Zöller-Vollkommer*, § 23 ZPO Rn. 7. Anderer Ansicht Thomas/Putzo-*Putzo*, 26. Aufl., § 23 ZPO Rn. 6. Offengelassen von BGH NJW 1997, 325 (326).

Alt. 1 ZPO ergehende Urteil auch tatsächlich in das zuständigkeitsbegründende Vermögen vollstreckt werden kann.⁶⁴⁸

Im Hinblick auf Internet-Sachverhalte ist dabei etwa an ein Warenlager oder ein sonstiges Operationszentrum zu denken, das zur Abwicklung der Verträge im Inland dient, ohne jedoch gleichzeitig die Merkmale einer Niederlassung in sich zu vereinen. Ferner kann ein Server einen vermögenswerten Gegenstand des im Internet-Handel tätigen Warenanbieters im Inland darstellen, sofern sich der Server-Standort tatsächlich in Deutschland befindet.

b) Lokalisierung des Vermögens

Maßgeblicher Ort des Vermögens ist dabei für körperliche Gegenstände iSd. § 90 BGB der Ort, wo sie liegen oder sich befinden.⁶⁴⁹ Handelt es sich bei dem vorhandenen Vermögen um Forderungen, so kommt es gem. § 23 Satz 2 1. HS ZPO auf den Wohnsitz des Schuldners an, gegen den die Forderung der im Inland wohnsitzlosen Person gerichtet ist. Für juristische Personen als Schuldner ist gem. § 17 ZPO der Sitz entscheidend, so dass etwa bei Bankguthaben des Beklagten der Sitz der Bank ausschlaggebend ist.⁶⁵⁰ § 23 Satz 2 1. HS ZPO beinhaltet dabei auch den Fall, dass der Kläger selbst der Schuldner einer Forderung des Beklagten ist, sofern er die Forderung nicht bestreitet und sofern sich die Forderung mit dem Anspruch des Klägers nicht gegenseitig ausschließt.⁶⁵¹ Dies gilt auch dann, wenn sich die Forderung aus dem der Klage zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergibt.⁶⁵² Unter diesen Umständen hat der Kläger also einen besonderen Gerichtsstand an seinem eigenen Wohnsitz. Zur Veranschaulichung dieses Falles soll folgende Konstellation erläutert werden, die sich durchaus auch nach Abschluss eines Kaufvertrages im Internet ergeben kann: Ein deutscher Käufer hat von einem ausländischen Verkäufer, der seinen Sitz außerhalb des räumlichen Anwendungsbereichs von EuGVVO, EuGVÜ und LugÜ, also außerhalb der EU bzw. der EFTA hat, mangelhafte Ware geliefert bekommen. Er beabsichtigt nun, diese gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurückzugeben. Ein entsprechender Anspruch, der sich nach der Lex causae richtet, soll hier unterstellt werden. Nach dem anwendbaren Sachrecht hat der ausländische Verkäufer dann seinerseits regelmäßig einen Anspruch auf Rückgabe der Kaufsache und ist somit

⁶⁴⁸ BGH NJW 1993, 2683 (2684); OLG München, NJW-RR 1993, 701 (704); Zöller-Vollkommer, § 23 ZPO Rn. 7a.

⁶⁴⁹ Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 23 ZPO Rn. 7; Zöller-Vollkommer, § 23 ZPO Rn. 9.

⁶⁵⁰ BGH NJW-RR 1988, 172 (173); Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 23 ZPO Rn. 7; Zöller-Vollkommer, § 23 ZPO Rn. 10.

⁶⁵¹ OLG Saarbrücken, NJW 2000, 670 (671); Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 23 ZPO Rn. 13; Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 23 ZPO Rn. 7.

⁶⁵² Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 36 Rn. 5; Rüßmann, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (728).

Inhaber einer Forderung iSd. § 23 Satz 2 1. HS ZPO gegen den klagenden deutschen Käufer. In dieser Situation hätte der deutsche Käufer die Möglichkeit, zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgewähr der Kaufsache ein deutsches Gericht, nämlich das Gericht an seinem Wohnsitz anzurufen, weil er gleichzeitig der Kläger und der Schuldner einer Forderung des Beklagten ist.

Auch für den Fall, dass der Käufer einen anderen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises geltend macht, etwa wegen Unwirksamkeit des geschlossenen Kaufvertrages, würde eine Gerichtszuständigkeit am Wohnsitz des auf Rückzahlung des Kaufpreises klagenden Käufers begründet: In diesem Fall hätte der Verkäufer nämlich seinerseits gegen den Käufer eine Forderung auf Rückgabe der Kaufsache wegen Unwirksamkeit des Vertrages.

Auf diese Weise wird es einem deutschen Kläger also ermöglicht, einen ausländischen Anbieter vor einem deutschen Gericht zu verklagen.

4. Hinreichender Inlandsbezug des Rechtsstreits

Schließlich ist zu klären, ob der Rechtsstreit neben den genannten Voraussetzungen auch einen hinreichenden Inlandsbezug aufweisen muss. Der Wortlaut des § 23 ZPO fordert dies nicht ausdrücklich. Jedoch ist wiederum daran zu denken, dass § 23 ZPO eine exorbitante Zuständigkeitsregelung darstellt, die es richtigerweise zu beschränken gilt. Vor diesem Hintergrund soll § 23 ZPO nicht schon dann einen Gerichtsstand in Deutschland begründen, wenn sich vollstreckungsfähiges, nicht geringwertiges Vermögen in Deutschland befindet. Vielmehr ist zusätzlich zu verlangen, dass auch ein hinreichender Bezug des Rechtsstreits zu Deutschland besteht.⁶⁵³ Fraglich ist allerdings, worin dieser hinreichende Inlandsbezug des Rechtsstreits bestehen kann. Einzugehen ist insoweit auf die Kriterien, die die Rechtsprechung und die Lehre entwickelt haben. Anschließend ist zu prüfen, inwieweit sich diese Kriterien auf Internet-Sachverhalte anwenden lassen.

a) Kriterien

In Rechtsprechung und Lehre sind verschiedene Kriterien entwickelt worden, anhand derer das Vorliegen eines Inlandsbezuges beurteilt werden kann. In jedem Fall ist ein hinrei-

⁶⁵³ So die deutsche Rechtsprechung und die herrschende Lehre: BGHZ 115, 90 (94); NJW 1999, 1395 (1396); OLG München, IPRax 1993, 237 (239); OLG Hamburg, NJW-RR 1996, 203 (203); *Fricke*, NJW 1992, 3066 (3068); *Kleinstück*, S. 188; *Schlosser*, IPRax 1992, 140 (140); Stein/Jonas-Schumann, 21. Aufl., § 23 Rn. 31e; Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 23 ZPO Rn. 2; Wieczorek/Schütze-Hausmann, § 23 Rn. 48; Zöller-Vollkommer, § 23 ZPO Rn. 7. Anderer Ansicht jedoch *Koch*, IPRax 1997, 229 ff.; Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 23 Rn. 10; *Schack*, JZ 1992, 54 ff..

chender Inlandsbezug dann gegeben, wenn der Kläger seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat.⁶⁵⁴ Des Weiteren besteht die Möglichkeit, dass der Sachverhalt selbst eine besondere Nähe zu den deutschen Gerichten aufweist.⁶⁵⁵ Eine solche wird etwa dann bejaht, wenn es sich um Streitigkeiten aus Rechtsgeschäften handelt, die in Deutschland abgeschlossen wurden.⁶⁵⁶ Sogar der Umstand, dass der Beklagte aktiv am Geschäftsleben in Deutschland teilnimmt, kann insoweit ausreichen.⁶⁵⁷ Ferner weist die Tatsache, dass ein Vertrag dem deutschen Recht unterstellt wurde, auf eine besondere Nähe zu den deutschen Gerichten hin.⁶⁵⁸ Schließlich wird ein hinreichender Inlandsbezug dann bejaht, wenn ein sonstiges Interesse an einer inländischen Entscheidung besteht, etwa weil ein im Ausland erstrittenes Urteil im Inland nicht anerkannt wird, so dass dem Kläger der Zugriff auf das Vermögen verwehrt wird.⁶⁵⁹

Im Folgenden ist zu klären, ob sich diese Kriterien auch auf Internet-Sachverhalte anwenden lassen.

b) Anwendung auf Verträge im Internet

Im Hinblick auf Vertragsabschlüsse im Internet helfen die genannten Kriterien nur zum Teil weiter. Unproblematisch anwendbar ist zwar das Kriterium, dass der Kläger einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat. Auch die Feststellung der Rechtsnähe zu den deutschen Gerichten anhand einer Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts ist bei einem Internet-Vertrag möglich.⁶⁶⁰ Keine Probleme bereitet ferner das Kriterium der fehlenden Vollstreckbarkeit eines ausländischen Titels in das inländische Vermögen.

Hingegen kann das Kriterium, dass die Streitigkeit aus einem Rechtsgeschäft hervorgegangen ist, welches in Deutschland abgeschlossen wurde, bei den hier in Rede stehenden Internet-Sachverhalten nicht herangezogen werden. Dem Vertragsschluss im Internet ist es ja gerade eigentümlich, dass die Parteien nicht an einem Ort zusammentreffen, um den Vertrag abzuschließen. Die Konstruktion, dass der Warenanbieter den Kunden mittels seiner Webseite

⁶⁵⁴ BGHZ 115, 90 (99); OLG Stuttgart, RIW 1990, 829 (831); OLG Frankfurt, NJW-RR 1993, 305 (306f.); *Fricke*, IPRax 1991, 159 (162); *Mark/Ziegenhain*, NJW 1992, 3062 (3064); *Wollenschläger*, IPRax 2002, 96 (97).

⁶⁵⁵ OLG München, IPRax 1993, 237 (239); *Mark/Ziegenhain*, NJW 1992, 3062 (3065); Stein/Jonas-Schumann, 21. Aufl., § 23 Rn. 31f.

⁶⁵⁶ Stein/Jonas-Schumann, 21. Aufl., § 23 Rn. 31f.

⁶⁵⁷ BGH NJW-RR 1991, 422 (423); *Mark/Ziegenhain*, NJW 1992, 3062 (3064f.).

⁶⁵⁸ *Kleinstück*, S. 213f.; *Mark/Ziegenhain*, NJW 1992, 3062 (3065); Stein/Jonas-Schumann, 21. Aufl., § 23 Rn. 31f.; *Wollenschläger*, IPRax 2002, 96 (97).

⁶⁵⁹ OLG Stuttgart, RIW 1990, 829 (831); *Mark/Ziegenhain*, NJW 1992, 3062 (3065); Stein/Jonas-Schumann, 21. Aufl., § 23 Rn. 31h.

⁶⁶⁰ Vgl. dazu unten Abschnitt C II 1a aa im 2. Teil dieser Arbeit.

gleichsam an dem Ort besucht, wo dieser die Webseite abrufen, und dass insofern beide Parteien an diesem Ort zusammentreffen, ist jedenfalls mangels Realitätsnähe abzulehnen. Wie bereits erörtert, ist bei realistischer Betrachtungsweise vielmehr davon auszugehen, dass sich der Warenanbieter und der Käufer bei Abschluss des Vertrages an zwei verschiedenen realen Orten befinden.⁶⁶¹

Auch das Abstellen auf die aktive Teilnahme am Geschäftsleben in Deutschland bereitet Schwierigkeiten. In Bezug auf den Internet-Handel mittels einer kommerziellen Webseite stellt sich hier wiederum das Problem, dass die Webseite grundsätzlich in jedem Staat der Welt abrufbar ist. Eine aktive Teilnahme am Geschäftsleben in Deutschland wird man aber nur dann annehmen können, wenn die kommerzielle Webseite gezielt auf Deutschland ausgerichtet ist. Hier ist also von neuem auf die Frage hinzuweisen, anhand welcher Kriterien die Zielrichtung eines Internet-Auftritts mittels einer kommerziellen Webseite bejaht werden kann. Auf die obigen Ausführungen wird insoweit verwiesen.⁶⁶²

Nach alledem können bei Streitigkeiten, die aus Verträgen im Internet herrühren, nur zwei der genannten Kriterien für die Bestimmung des hinreichenden Inlandsbezugs herangezogen werden: der Wohnsitz bzw. gewöhnliche Aufenthaltsort des Klägers in Deutschland und die Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts.

5. Ergebnis

Der Gerichtsstand des Vermögens gem. § 23 Satz 1 Alt. 1 ZPO kann bei Rechtsstreitigkeiten nach Abschluss eines Vertrages im Internet durchaus Bedeutung erlangen. Wesentliche Voraussetzung neben dem Vorliegen von Vermögen des Beklagten in Deutschland ist allerdings, dass der Sachverhalt einen hinreichenden Inlandsbezug aufweist. Bei einem Vertragsabschluss im Internet ist dies regelmäßig in zwei Konstellationen gegeben: zum einen dann, wenn der Kläger seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat; zum anderen, wenn die Parteien das deutsche Recht als auf den Vertrag anwendbares Recht gewählt haben. Die Parteien haben ferner die Möglichkeit, den Gerichtsstand abzubedingen.⁶⁶³

⁶⁶¹ Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (2) (b) (aa) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁶⁶² Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (2) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁶⁶³ BGHZ 94, 156 (158); Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 23 ZPO Rn. 5; Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 23 ZPO Rn. 4.

IV. Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. § 29 ZPO

In Betracht kommt des Weiteren der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. § 29 ZPO. Zu unterscheiden ist zwischen dem Gerichtsstand des gesetzlichen Erfüllungsortes gem. § 29 Abs. 1 ZPO und dem Gerichtsstand des vereinbarten Erfüllungsortes gem. § 29 Abs. 2 ZPO.

1. Gerichtsstand des gesetzlichen Erfüllungsortes gem. § 29 Abs. 1 ZPO

Gem. § 29 Abs. 1 ZPO ist für Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis und über dessen Bestehen grundsätzlich das Gericht des Ortes zuständig, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Als Vertragsverhältnis iSd. § 29 Abs. 1 ZPO ist jeder schuldrechtliche Verpflichtungsvertrag anzusehen.⁶⁶⁴ Dem Wortlaut der Norm zufolge ist der Erfüllungsort für jede in Streit stehende Verpflichtung aus diesem Vertrag einzeln und gesondert zu bestimmen. Die Bestimmung erfolgt dabei nach dem anwendbaren Sachrecht.⁶⁶⁵ Zur exemplarischen Bestimmung des Erfüllungsortes nach deutschem Recht kann auf die obigen Ausführungen im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ verwiesen werden.

2. Gerichtsstand des vereinbarten Erfüllungsortes gem. § 29 Abs. 2 ZPO

Ein anderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes kann sich jedoch gem. § 29 Abs. 2 ZPO dann ergeben, wenn die Parteien eine Vereinbarung über den Erfüllungsort treffen. Allerdings ist dies nur Kaufleuten, juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtlichen Sondervermögen gestattet. Für den Fall eines Vertragsabschlusses im Internet zwischen einem Verbraucher und einem Anbieter kommt eine Erfüllungsortvereinbarung demnach nicht in Betracht.

Die Kaufmannseigenschaft, die eine prozessrechtliche Voraussetzung der Vorschrift darstellt, bestimmt sich dabei nach deutschem Recht.⁶⁶⁶ Hingegen ist die materiellrechtliche Wirksamkeit der Vereinbarung anhand der Vorschriften des jeweils anwendbaren Sachrechts zu beurteilen.⁶⁶⁷ Die Einhaltung einer bestimmten Form ist gem. § 29 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nicht erforderlich.⁶⁶⁸

⁶⁶⁴ BGH NJW 1996, 1411 (1412); Zöller-Vollkommer, § 29 ZPO Rn. 5.

⁶⁶⁵ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 29 ZPO Rn. 17; Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 29 Rn. 25.

⁶⁶⁶ Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 48; Schack, IZVR, Rn. 276.

⁶⁶⁷ Geimer, IZPR, Rn. 1490; Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 48; Rauscher, IPRax 1992, 143 (146).

⁶⁶⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 29 ZPO Rn. 36.

V. Besonderer Gerichtsstand für Haustürgeschäfte gem. § 29c ZPO

Für Streitigkeiten aus im Internet abgeschlossenen Verträgen könnte ferner der besondere Gerichtsstand für Haustürgeschäfte gem. § 29c ZPO einschlägig sein. Nach dieser Vorschrift ist für Klagen aus Haustürgeschäften das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Verbraucher zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz bzw. seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für Klagen gegen den Verbraucher ist das Gericht gem. § 29c Abs. 1 Satz 2 ZPO sogar ausschließlich zuständig.

Auf die Voraussetzungen des besonderen Gerichtsstandes für Haustürgeschäfte ist näher einzugehen. Ob sie bei einem Vertragsabschluss im Internet erfüllt sind, erscheint zweifelhaft.

1. Haustürgeschäft iSd. § 312 BGB

Grundlegende Voraussetzung des Gerichtsstandes ist, dass ein Haustürgeschäft iSd. § 312 BGB vorliegt.

a) Anwendbarkeit des deutschen materiellen Sachrechts für Haustürgeschäfte

Zunächst fällt auf, dass § 29c ZPO die Anwendung des materiellen deutschen Sachrechts, nämlich des § 312 BGB, voraussetzt. Im vorliegenden Kontext ergeben sich daraus Probleme. Die Geltung des nationalen Sachrechts wird grundsätzlich nicht von den Normen über die internationale Zuständigkeit, sondern von den Normen des Internationalen Privatrechts festgelegt. Die Frage der internationalen Zuständigkeit und die Frage nach dem anwendbaren Sachrecht sind strikt zu trennen.⁶⁶⁹ Insofern ist zu erörtern, ob § 312 BGB im Rahmen der Prüfung der internationalen Zuständigkeit überhaupt angewendet werden kann, ohne dass zuvor die Vorschriften des Internationalen Privatrechts die Geltung des deutschen Sachrechts und damit auch die Anwendbarkeit des § 312 BGB bestätigt haben.

Der BGH hat in einem Rechtsstreit, dem die alte Rechtslage, d.h. der besondere Gerichtsstand für Haustürgeschäfte nach § 7 HWiG zugrunde lag, entschieden, dass zuerst das deutsche Kollisionsrecht angewendet werden müsse, um darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen für ein Haustürgeschäft überhaupt nach deutschem Recht geprüft werden können.⁶⁷⁰

⁶⁶⁹ *Rießmann*, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (720). Ausnahme ist ein Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht in Nachlass-Sachen und nach dem Haager Minderjährigenschutzabkommen (vgl. dazu *Junker*, IPR, Rn. 23).

⁶⁷⁰ BGH IPRax 1994, 449 (449f.).

Den deutschen verbraucherschützenden Vorschriften und damit auch den Vorschriften über Haustürgeschäfte konnte das Gericht dabei über Art. 29 EGBGB zur Geltung verhelfen. Letztlich stand der Anwendbarkeit der Vorschriften über Haustürgeschäfte im Rahmen der Prüfung dieses besonderen Gerichtsstandes somit nichts entgegen.

Zu bezweifeln ist jedoch, dass diese Rechtsprechung auch im Rahmen des § 29c ZPO noch von Bedeutung ist. Es drängt sich die Frage auf, ob die Anwendung des materiellen Sachrechts, nämlich des § 312 BGB, im Rahmen des § 29c ZPO überhaupt der Begründung durch Art. 29 EGBGB bedarf. Dagegen spricht zum einen der Grundsatz, dass prozessrechtliche Fragen von den sachrechtlichen strikt zu trennen sind. Zu bedenken ist insoweit, dass es sich bei § 29c ZPO um eine rein prozessuale Norm handelt. Seit der Schuldrechtsreform wird dies unstreitig dadurch belegt, dass der Gerichtsstand für Haustürgeschäfte nun nicht mehr in den materiellrechtlichen Vorschriften über Haustürgeschäfte, sondern in der Zivilprozessordnung zu finden ist – anders als die alte Vorschrift, § 7 HWiG. Würde man aber der Anwendung des § 29c ZPO eine kollisionsrechtliche Erörterung über das anwendbare Sachrecht voranstellen, würde der Grundsatz, wonach prozessrechtliche Fragen von den sachrechtlichen strikt zu trennen sind, durchbrochen.⁶⁷¹

Zum anderen ist davon auszugehen, dass die Verweisung des § 29c ZPO auf das Haustürgeschäft iSd. § 312 BGB lediglich aus redaktionellen Gründen erfolgt ist und nicht zu einer bewussten Durchbrechung dieses Grundsatzes führen sollte. Genauso gut hätten die Voraussetzungen für ein Haustürgeschäft auch mit dem identischen Wortlaut in die Vorschrift des § 29c ZPO selbst aufgenommen werden können. In diesem Fall hätte die Zuordnung der Voraussetzungen zur prozessrechtlichen Fragestellung keinerlei Probleme aufgeworfen. Einzig und allein der Umstand, dass § 29c ZPO stattdessen einen Verweis auf § 312 BGB enthält, kann aber bei der Frage nach dem Gerichtsstand nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Vorliegen eines Haustürgeschäfts im Rahmen des § 29c ZPO eine rein prozessuale Voraussetzung darstellt, die als solche nicht einer vorgezogenen Erörterung der Anwendbarkeit des deutschen materiellen Sachrechts anhand des Kollisionsrechts bedarf.⁶⁷²

Im Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass die Anwendung des § 312 BGB im Zusammenhang mit dem Gerichtsstand für Haustürgeschäfte keinen Bedenken begegnet.

⁶⁷¹ So auch *Rießmann*, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (720).

⁶⁷² Ebenso für die alte Rechtslage *Rießmann*, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (721).

b) Vertrag über eine entgeltliche Leistung

Damit ein Haustürgeschäft iSd. § 312 BGB bejaht werden kann, muss es sich zunächst um einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher handeln, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat. Eine solche Konstellation ist im Internet-Handel häufig gegeben. Zu denken ist im vorliegenden Kontext an den Abschluss eines Kaufvertrages zwischen einem Warenanbieter im Internet und einem Verbraucher.

c) Abschlussmodalitäten gem. § 312 Abs. 1 BGB

Des Weiteren muss eine der Abschlussmodalitäten des § 312 Abs. 1 BGB verwirklicht sein. Ob dies bei einem elektronisch abgeschlossenen Vertrag der Fall ist, soll nun geprüft werden.

aa) Vertragsabschluss gem. § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB

In Betracht kommt beim Vertragsabschluss via Internet zunächst die Situation des § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB: Der Verbraucher müsste durch mündliche Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung zum Abschluss des Vertrages veranlasst worden sein. Zwar ist beim Vertragsabschluss im Internet meist der Umstand gegeben, dass der Nutzer den Vertrag entweder an seinem Arbeitsplatz oder in einer Privatwohnung abschließt, da dies üblicherweise die Orte sind, an denen sich Computer mit Zugang ins Internet befinden. Höchst selten ist jedoch, dass einem Vertrag, der über das Internet zustande kommt, eine mündliche Verhandlung vorausgeht, sei es am Arbeitsplatz oder im Bereich der Privatwohnung.⁶⁷³ Vielmehr verhandeln die Parteien, wenn überhaupt, via Email. Selbst dies erfolgt jedoch regelmäßig nicht, sondern der Verbraucher ruft lediglich die Angebote auf der Anbieter-Webseite auf und informiert sich einseitig, bevor er die Entscheidung trifft, eine Warenbestellung aufzugeben. Eine direkte Anwendung des § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB kommt demnach nicht in Betracht.⁶⁷⁴

⁶⁷³ Darauf verweist auch MK-BGB-Ulmer, § 312 BGB Rn. 58, 61; Reich/Nordhausen, S. 47; Pichler in: Hören/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 107.

⁶⁷⁴ Ebenso für die alte Vorschrift des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG: Arnold, CR 1997, 526 (528); Cichon, CR 1998, 773 (774); Ernst, VuR 1997, 259 (261); Meents, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften, S. 108; ders., K&R 1999, 53 (54); Reich/Nordhausen, S. 47; Ruoff, NJW-CoR 2000, 38 (38); Waldenberger, BB 1996, 2365 (2367).

bb) Vertragsabschluss gem. § 312 Abs. 1 Nr. 2 BGB

Vertreten wird ferner, dass bei einem Vertragsabschluss im Internet die Umstände des § 312 Abs. 1 Nr. 2 BGB erfüllt sind.⁶⁷⁵ Dann müsste der Verbraucher anlässlich einer Freizeitveranstaltung, die vom Unternehmer oder von einem Dritten zumindest auch im Interesse des Unternehmers durchgeführt wurde, zum Abschluss des Vertrages bestimmt worden sein. Eine Freizeitveranstaltung ist eine gewerbliche oder gewerblich motivierte Veranstaltung, deren Gesamtbild von einem Freizeiterlebnis ausgeht und bei der das Freizeitangebot und die Verkaufsveranstaltung organisatorisch so miteinander verbunden sind, dass der Kunde in freizeitlich unbeschwerte Stimmung versetzt wird.⁶⁷⁶ Darüber hinaus muss die Veranstaltung eine Organisationsform aufweisen, die es dem Kunden erschwert, sich der Veranstaltung zu entziehen.⁶⁷⁷

Diese Voraussetzungen werden von einer Literaturmeinung für die Internet-Nutzung durch den Verbraucher dann bejaht, wenn der Nutzer auf eine Internet-Seite stößt, die hauptsächlich unentgeltliche Unterhaltung oder Informationen anbietet, auf diese Weise eine freizeitlich unbeschwerte Stimmung auslöst und lediglich als Annex den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen ermöglicht.⁶⁷⁸

Dass das Surfen im Internet für viele Nutzer eine Freizeitbeschäftigung darstellt und sie in eine freizeitlich unbeschwerte Stimmung versetzt, ist nicht zu leugnen. Das Freizeiterlebnis mag bei dieser Tätigkeit auch von der Gestaltung und Aufmachung der Anbieter-Webseiten abhängig sein, die sich durch ihren Inhalt, durch besondere Formulierungen im Text, durch Einfügen von Bildern oder durch das Vorhandensein von Links auszeichnen. Jedoch wird das Surfen als solches nicht vom Unternehmer oder einem Dritten im Interesse des Unternehmers als Veranstaltung organisiert und durchgeführt. Vielmehr ist es der freie und unabhängige Entschluss eines jeden Internet-Nutzers, sich an einen Computer zu setzen, sich dann ins Internet einzuwählen und schließlich durch Eingabe der entsprechenden URL oder durch Anklicken von Links die Webseiten von Anbietern aufzurufen und deren Angebote zu studieren. Insofern wird es dem Kunden auch nicht erschwert, sich einem Vertragsabschluss zu entziehen, indem er etwa die Webseite wieder verlässt oder die ganze Internet-Verbindung trennt.⁶⁷⁹ Folglich geht es zu weit, die Internet-Nutzung als eine vom Unternehmer durchgeführte Frei-

⁶⁷⁵ *Ruoff*, NJW-CoR 2000, 38 (38).

⁶⁷⁶ BGH NJW 1992, 1889 (1890); Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 312 BGB Rn. 16.

⁶⁷⁷ *Meents*, K&R 1999, 53 (54).

⁶⁷⁸ *Ruoff*, NJW-CoR 2000, 38 (39).

⁶⁷⁹ Dies erkennt auch *Ruoff*, NJW-CoR 2000, 38 (39).

zeitveranstaltung zu betrachten, die eine Organisationsform aufweist, die es dem Kunden erschwert, sich der Veranstaltung zu entziehen.⁶⁸⁰

Als vom Unternehmer durchgeführte Veranstaltungen mit einer solchen Organisationsform werden typischerweise Kaffee- oder Butterfahrten angesehen.⁶⁸¹ Die bloße Nutzung des Internets durch den Verbraucher einer derartigen Freizeitveranstaltung gleichzustellen, welche den Nutzer zum Vertragsabschluss verleitet, wird der Begrifflichkeit hingegen nicht gerecht.⁶⁸²

Etwas anderes kann auch dann nicht gelten, wenn etwa im Rahmen eines vom Unternehmer organisierten Festes, z.B. einer Sportveranstaltung⁶⁸³, ein Computer bereitgestellt wird, an dem die Teilnehmer Warenbestellungen aufgeben können.⁶⁸⁴ Denn in diesem Fall ist nicht die Internet-Nutzung als solche die vom Unternehmer organisierte und durchgeführte Freizeitveranstaltung, sondern bloß das Fest. Das Internet dient dabei lediglich zur Übermittlung der Willenserklärungen im Falle eines Vertragsabschlusses mit dem Unternehmer, die Internet-Nutzung ist aber nicht fester Bestandteil dieser Veranstaltung.⁶⁸⁵

Die Abschlussmodalitäten des § 312 Abs. 1 Nr. 2 BGB sind somit nicht erfüllt.

cc) Vertragsabschluss gem. § 312 Abs. 1 Nr. 3 BGB

Ebenso wenig kommt eine Verwirklichung der Umstände des § 312 Abs. 1 Nr. 3 BGB in Betracht. Hierfür müsste der Verbraucher im Anschluss an ein überraschendes Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrswege zu dem Abschluss eines Vertrages via Internet bestimmt worden sein. Zwar ist es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass sich ein Computer mit Internet-Zugang auch in Verkehrsmitteln – etwa in Zügen – oder im Bereich öffentlicher Verkehrswege befindet, so zum Beispiel in den Abfertigungshallen von Flughäfen. Aber es bleibt dennoch fraglich, ob zur Anbahnung eines Vertragsabschlusses via Internet ein „überraschendes Ansprechen“ an diesen Orten erfolgt.

Dass sich ein Anbieter zuvor mündlich an den Verbraucher wendet, ist bei einem Vertragsabschluss im Internet höchst unwahrscheinlich.⁶⁸⁶ Für die Verwirklichung des § 312 Abs.

⁶⁸⁰ Anderer Ansicht *Ruoff*, NJW-CoR 2000, 38 (39).

⁶⁸¹ *Meents*, K&R 1999, 53 (54); vgl. ferner die Beispiele bei Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 312 BGB Rn. 18.

⁶⁸² Ebenso *Reich/Nordhausen*, S. 48.

⁶⁸³ Vgl. die Beispiele bei *Ruoff*, NJW-CoR 2000, 38; *Waldenberger*, BB 1996, 2365 (2367).

⁶⁸⁴ So aber *Ruoff*, NJW-CoR 2000, 38; *Waldenberger*, BB 1996, 2365 (2367). Wie hier im Ergebnis auch *Arnold*, CR 1997, 526 (527); *Cichon*, CR 1998, 773 (774).

⁶⁸⁵ Zum gleichen Ergebnis kommt *Meents*, K&R 1999, 53 (55).

⁶⁸⁶ Vgl. Abschnitt D V 1c aa im 1. Teil dieser Arbeit.

1 Nr. 3 BGB ist aber weder dem Wortlaut, noch seinem Schutzzweck zufolge ein mündliches Ansprechen erforderlich; ausreichend ist vielmehr jede Form der geschäftlichen Beeinflussung.⁶⁸⁷ Insofern könnte ein Kunde grundsätzlich auch durch eine entsprechend gestaltete Webseite eines Anbieters geschäftlich beeinflusst und zum Abschluss eines Vertrages bestimmt werden. Allerdings muss es sich um eine gezielte Kontaktaufnahme mit einem bestimmten Kunden handeln.⁶⁸⁸ Nicht erfasst wird die bloß allgemeine Ansprache einer nicht näher definierten Zielgruppe. Voraussetzung des § 312 Abs. 1 Nr. 3 BGB ist vielmehr, dass eine zielgerichtete Ansprache erfolgt, die für den Kunden überraschend ist, d.h. subjektiv unerwartet⁶⁸⁹: Der Kunde darf nicht darauf vorbereitet sein, dass ihm an dem betreffenden Ort der Abschluss eines Rechtsgeschäfts vorgeschlagen wird.

Daran fehlt es in den genannten Situationen. Wer als Internet-Nutzer etwa in einer Flughafen-Abfertigungshalle seinerseits einen Computer mit Internet-Zugang ansteuert und dort auf eine kommerzielle Webseite trifft, auf der Waren oder Dienstleistungen angeboten werden, weiß und muss damit rechnen, dass er dort auch geschäftlich beeinflusst wird, d.h. dass ihm auf derselben Webseite auch der Abschluss eines Vertrages nahegelegt wird. Dies erfolgt also keineswegs subjektiv unerwartet. Es besteht allenfalls die Möglichkeit, dass der Internet-Nutzer ursprünglich auf reine Informationsseiten im Internet gestoßen ist und sich danach nur zufällig, etwa nach Anklicken mehrerer Links, auf der Webseite eines Anbieters wiederfindet. Selbst in diesem Fall erfolgt das Ansprechen jedoch nicht überraschend und subjektiv unerwartet: Wer im Internet surft, indem er sich von Webseite zu Webseite klickt, weiß oder muss zumindest damit rechnen, dass er über kurz oder lang auf Webseiten gerät, auf denen nicht bloß Informationen zusammengestellt, sondern auch Waren oder Dienstleistungen angeboten werden. Dies ist auch nicht davon abhängig, an welchem Ort sich der Nutzer ins Internet einwählt, so dass der Umstand, dass die Einwahl ins Internet in einem öffentlichen Verkehrsmittel oder im Bereich eines öffentlich zugänglichen Verkehrsweges stattgefunden hat, für die Frage des überraschenden Ansprechens eigentlich ohne Belang ist. Denn die Inhalte des Internet sind grundsätzlich überall gleich, egal, von welchem Ort aus der Zugang erfolgt.

Selbst wenn also eine geschäftsmäßige Beeinflussung des Verbrauchers im Internet erfolgt, so geschieht dies nicht überraschend, d.h. subjektiv unerwartet. Demnach sind die Umstände des Vertragsabschlusses gem. § 312 Abs. 1 Nr. 3 BGB nicht verwirklicht.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ *Fischer/Machunsky*, § 1 Rn. 184; *Meents*, K&R 1999, 53 (56).

⁶⁸⁸ *Fischer/Machunsky*, § 1 Rn. 184; *Meents*, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften, S. 114.

⁶⁸⁹ *Palandt-Heinrichs*, 64. Aufl., § 312 BGB Rn. 21.

⁶⁹⁰ So auch *Meents*, K&R 1999, 53 (56).

dd) Ergebnis

Bei einem Vertragsabschluss wird keine der in § 312 Abs. 1 Nr. 1-3 BGB genannten Abschlussmodalitäten erfüllt. Eine Anwendung der Vorschriften über Haustürgeschäfte kommt insofern nur noch dann in Betracht, wenn das Umgehungsverbot gem. § 312 f Satz 2 BGB eingreift.

d) Umgehungsverbot gem. § 312 f Satz 2 BGB

Das Umgehungsverbot besagt, dass die Vorschriften in Buch 2, Abschnitt 3, Titel 1, Untertitel 2 des BGB, das sind die §§ 312 – 312 f BGB, auch dann Anwendung finden, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden. Dies käme dann in Betracht, wenn die Umstände des Vertragsabschlusses im Internet mit den in § 312 Abs. 1 Nr. 1-3 BGB genannten Abschlussituationen vergleichbar wären und dem Verbraucher die wirtschaftlichen Folgen dieses Geschäfts nach der Wertung der Vorschriften über Haustürgeschäfte nicht zuzumuten sind.⁶⁹¹

aa) Anwendbarkeit des Gerichtsstandes gem. § 29 c ZPO

Bevor erörtert werden kann, ob dies der Fall ist, ist jedoch der Frage nachzugehen, ob das Umgehungsverbot des § 312 f Satz 2 BGB überhaupt zu einer Anwendung des § 29c ZPO führen kann. Die Rechtslage könnte sich durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geändert haben, das am 1. Januar 2002 in Kraft getreten ist.

Vor der Schuldrechtsreform befand sich sowohl das Umgehungsverbot für Haustürgeschäfte (§ 5 HWiG) als auch der Gerichtsstand für Haustürgeschäfte (§ 7 HWiG) in demselben Gesetz. § 5 HWiG schrieb im Falle einer Umgehung die Anwendung der Vorschriften „dieses Gesetzes“ vor und bezog mit dieser Formulierung unstreitig den Gerichtsstand in § 7 des gleichen Gesetzes ein.⁶⁹² Mit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ist die Rechtslage aber unklar geworden. Im Zuge der Schuldrechtsreform sind nämlich die materiell-rechtlichen Vorschriften des HWiG in das BGB, der Gerichtsstand für Haustürgeschäfte ist hingegen in die ZPO eingegliedert worden. Die neue Vorschrift für das Umgehungsverbot bei Haustürgeschäften, § 312 f Satz 2 BGB, verweist aber im Falle der Umgehung lediglich auf die Vorschriften „dieses Unterabschnitts“, also auf Buch 2, Abschnitt 3, Titel 1, Unterabschnitt 2 BGB (§§ 312 – 312 f BGB), nicht auch auf die Zuständigkeitsregelung im neuen §

⁶⁹¹ *Fischer/Machunsky*, § 5 Rn. 18; *Soergel-Wolf*, § 5 HWiG Rn. 4.

⁶⁹² *Palandt-Putzo*, 61. Aufl., § 5 HausTWG Rn. 4.

29c ZPO. Dem Wortlaut der Norm zufolge scheint der Gerichtsstand für Haustürgeschäfte bei Umgehungsgeschäften demnach nicht eröffnet zu sein. Dieses Ergebnis verwundert jedoch. Es soll daher mit einer historischen, teleologischen und systematischen Auslegung der Norm überprüft werden.

Es fragt sich bereits, ob das genannte Ergebnis mit dem Willen des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 312 f Satz 2 BGB übereinstimmt. Die Eingliederung der Vorschriften des HWiG in das BGB bzw. in die ZPO erfolgte mit dem Ziel, die Vorschriften in diejenigen Gesetze einzufügen, denen sie ihrem Charakter nach zuzuordnen sind, d.h. die materiellrechtlichen Vorschriften in das BGB, die prozessrechtlichen Vorschriften in die ZPO. Mit dieser Maßnahme war indessen keine Änderung des Gerichtsstandes im Falle eines Umgehungsgeschäfts beabsichtigt.

Dies würde auch dem Schutzzweck des Umgehungsgebotes nicht gerecht: Der amtlichen Begründung zum Entwurf des HWiG zufolge bezweckte § 5 HWiG die Erweiterung des Schutzes für den Verbraucher, wenn er durch eine die Haustürsituation verdeckende Fallgestaltung in eine Situation gerät, in der er aus rechtstatsächlichen Erfahrungen heraus besonders schutzwürdig ist.⁶⁹³ Dieser Schutz umfasst auch die Eröffnung eines besonderen Gerichtsstandes, der zugunsten des Kunden sogar ein ausschließlicher Gerichtsstand ist. An diesem Schutzzweck hat sich aber durch Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nichts geändert. Nach wie vor ist gem. § 312 f Satz 2 BGB vorgesehen, dass ein Verbraucher im Falle eines Umgehungsgeschäftes dem Schutz durch die Vorschriften für Haustürgeschäfte unterstellt wird. Es liegt also nahe, dass er dann auch den besonderen Schutz durch einen besonderen Gerichtsstand genießen soll. Dass ihm dieser Vorteil im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung entzogen werden sollte, ist nicht ersichtlich. Nach historischer und teleologischer Auslegung ist somit davon auszugehen, dass § 312 f Satz 2 BGB bei Vorliegen eines Umgehungsgeschäftes zu einer Anwendung auch der Vorschrift des § 29c ZPO führt.

Schließlich führt auch eine systematische Betrachtung zu dem gleichen Ergebnis: Indem § 312 f Satz 2 BGB festschreibt, dass die Vorschriften für Haustürgeschäfte auch für die Umgehungsgeschäfte gelten, stellt er Umgehungsgeschäfte in ihrer rechtlichen Beurteilung den Haustürgeschäften gem. § 312 Abs. 1 Nr. 1-3 BGB gleich. Wenn dies der Fall ist, dann muss aber auch der Begriff des Haustürgeschäfts in § 29c ZPO alle Umgehungsgeschäfte iSd. § 312 f Satz 2 BGB umfassen, da andernfalls deren rechtliche Beurteilung eben doch nicht die gleiche ist wie die von echten Haustürgeschäften.

⁶⁹³ Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 10/2876, S. 9, 14.

Nach alledem ist bei Vorliegen eines Umwegungsgeschäfts iSd. § 312 f Satz 2 BGB auch der besondere Gerichtsstand für Haustürgeschäfte gem. § 29c ZPO eröffnet.

bb) Geschäft unter Umwegung von § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB

Eine Umwegung des § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB käme dann in Betracht, wenn der Vertragsabschluss im Internet derartige strukturelle Ähnlichkeiten mit einem Haustürgeschäft nach § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB aufweisen würde, dass eine vergleichbare Interessenlage besteht, die bei teleologischer Auslegung des Gesetzes unter besonderer Berücksichtigung des Schutzzwecks auch eine rechtliche Gleichbehandlung erfordert.⁶⁹⁴ Dies verlangt, dass der Verbraucher in gleicher Weise der Gefahr der Überrumpelung und des unüberlegten Vertragsabschlusses ausgesetzt ist wie bei einem echten Haustürgeschäft.⁶⁹⁵

Bei einem echten Haustürgeschäft iSd. § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB besteht die besondere Gefahr der Überrumpelung darin, dass der Verbraucher persönlich aufgesucht wird und auf diese Weise einer außergewöhnlichen Drucksituation im Hinblick auf einen Vertragsabschluss ausgesetzt wird. Ein Handelsvertreter stellt gleichsam „seinen Fuß in die Tür“, so dass dem Verbraucher besondere Schwierigkeiten erwachsen, ihn abzuwimmeln und der Räumlichkeiten zu verweisen. Viele Verbraucher lassen sich in solch einer Situation auch von der Vorstellung leiten, sie müssten angesichts des persönlichen Kontakts eine besondere Höflichkeit an den Tag legen und dürften den Vertreter nicht ohne weiteres aus den Räumen hinauskomplimentieren. Aus diesen Umständen erwächst dann die Gefahr, dass der betroffene Verbraucher letztlich unüberlegt einen Vertrag abschließt. Er tut dies nicht etwa, weil er von der angebotenen Leistung überzeugt ist, sondern nur, um den Vertreter wieder loszuwerden, ohne ihm aber dessen Anliegen abzuschlagen. Dabei fehlt ihm insbesondere auch die Möglichkeit, das vom Vertreter angebotene Produkt vor dem Vertragsabschluss mit anderen Produkten, d.h. sowohl mit deren Produkteigenschaften als auch mit deren Preisen, zu vergleichen.

Ob eine entsprechende Gefahr der Überrumpelung auch bei einem Vertragsabschluss via Internet besteht, die den Verbraucher besonders schutzwürdig macht, ist indessen fraglich. Der Verbraucher, der im Internet surft, ruft aus eigenem Antrieb die Anbieter-Webseite auf und beschäftigt sich mit den dort genannten Angeboten. Er wird somit nicht unerwartet mit der Option konfrontiert, einen Vertrag abzuschließen, wie dies dem Verbraucher in einer Privatwohnung oder am Arbeitsplatz widerfährt, sondern ist sich bereits bei Anwählen der

⁶⁹⁴ Gilles, NJW 1986, 1131 (1144f.); Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31, Rn. 109; Rüßmann, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (722).

⁶⁹⁵ Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 109; Reich/Nordhausen, S. 49.

betreffenden Seiten dessen bewusst, dass ihn dort verschiedene Produktangebote einschließlich der Aufforderung zum Vertragsabschluss erwarten.

Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn der Internet-Nutzer ursprünglich nicht die Absicht hatte, sich Warenangebote im Internet anzusehen, sondern lediglich zufällig, etwa nach Anklicken mehrerer Links, auf derartige Anbieter-Webseiten geraten ist. In diesem Fall könnte eine Überrumpelung dadurch stattfinden, dass die Webseite technisch so ausgestaltet wurde, dass der Nutzer sich aus bloßem technischen Spieltrieb zu einem Vertragsabschluss hinreißen lässt.⁶⁹⁶ Jedoch ist zu bedenken, dass sich das Internet heutzutage soweit etabliert hat, dass nicht mehr davon auszugehen ist, dass sich ein von Webseite zu Webseite klickender Internet-Surfer von der technischen Aufmachung noch überrumpeln ließe. Der Bestellvorgang im Internet umfasst regelmäßig zahlreiche Schritte, in denen das Bestellformular ausgefüllt, die Daten noch einmal überprüft und die AGB des Anbieters aufgerufen werden müssen, so dass der Verbraucher immer wieder sein eigenes Tun, d.h. seinen Vertragsabschluss, vor Augen geführt bekommt. Insofern ist der Ausgestaltung der Webseite nicht ein derartiger Überrumpelungseffekt zuzuschreiben, dass damit der Internet-Nutzer zum Vertragsabschluss hingerrissen wird.⁶⁹⁷

Darüber hinaus steht es dem Internet-Nutzer jederzeit frei, die Seite des Anbieters wieder zu verlassen, wenn ihm die Angebote nicht zusagen. Eine besondere Schwierigkeit, den Anbieter wieder loszuwerden, besteht dabei nicht: Da kein persönlicher Kontakt bestanden hat, wähnt sich der Verbraucher auch nicht in dem Zwang, besondere Höflichkeit an den Tag zu legen, wie es einem Vertreter gegenüber der Fall ist.⁶⁹⁸

Des Weiteren ist auch die Gefahr eines Vertragsabschlusses ohne vorherige Produktvergleiche nicht vorhanden. Gerade der Nutzer im Internet hat besonders viele Möglichkeiten, Produkte und Preise zu vergleichen, etwa indem er die Seiten weiterer Anbieter aufruft und dort die Produktinformationen studiert. Darüber hinaus finden sich im Internet besondere Dienste, die dem Nutzer nach Eingabe des gewünschten Produktes das günstigste Internet-Angebot dafür ermitteln.

Demzufolge sind die besonderen Eigenheiten eines Haustürgeschäftes iSd. § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB bei einem Vertragsabschluss im Internet nicht gegeben. Ein Umgehungsgeschäft gem. § 312 f Satz 2 BGB, das die Merkmale des § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB aufweist, liegt nicht vor.

⁶⁹⁶ *Meents*, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften, S. 119 ff.; *ders.*, K&R 1999, 53 (57).

⁶⁹⁷ *Rißmann*, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (723 ff.).

⁶⁹⁸ Ebenso *Ernst*, VuR 1997, 259 (262); *Rißmann*, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (724).

cc) Geschäft unter Umgehung von § 312 Abs. 1 Nr. 2 BGB

Möglicherweise handelt es sich aber um ein Geschäft, das eine Umgehung von § 312 Abs. 1 Nr. 2 BGB darstellt. Dann müssten die typischen Umstände eines Vertragsabschlusses anlässlich einer Freizeitveranstaltung gegeben sein. Fraglich ist aber, ob derjenige, der im Internet einen Vertrag abschließt, in gleichem Maße schutzwürdig ist wie ein Verbraucher, der anlässlich einer Freizeitveranstaltung einen Vertragsabschluss vornimmt. In letzterem Fall wird der Verbraucher deswegen als besonders schutzwürdig angesehen, weil er zum einen seitens des Unternehmers bewusst in eine unbeschwerte Stimmung versetzt wird, damit seine Bereitschaft zum Vertragsabschluss steigt, und weil zum anderen die Freizeitveranstaltung derart organisiert ist, dass der Teilnehmer sich nur schwer den Verkaufsaktivitäten des Unternehmers entziehen kann. Wie oben bereits erörtert, trifft das auf einen Verbraucher, der im Internet surft und dort auf Anbieter-Webseiten stößt, nicht zu.⁶⁹⁹ Insofern kommt beim Vertragsabschluss im Internet die Umgehung eines Haustürgeschäfts anlässlich einer Freizeitveranstaltung iSd. § 312 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht in Betracht.

dd) Geschäft unter Umgehung von § 312 Abs. 1 Nr. 3 BGB

Schließlich könnte eine Umgehung eines Haustürgeschäfts iSd. § 312 Abs. Nr. 3 BGB erfolgen, d.h. eines Geschäfts, das nach einem überraschenden Ansprechen in einem öffentlichen Verkehrsmittel oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrswege erfolgt ist. Dafür müsste bei dem Vertragsabschluss via Internet ein besonderes Überraschungsmoment bestehen, das einen Schutz des Verbrauchers erforderlich macht. Dass ein solches Überraschungsmoment nicht gegeben ist, wurde bereits oben aufgezeigt.⁷⁰⁰ Ein Geschäft unter Umgehung eines Haustürgeschäfts iSd. § 312 Abs. 1 Nr. 3 BGB liegt demnach nicht vor.

2. Ergebnis

Der besondere Gerichtsstand für Haustürgeschäfte gem. § 29c ZPO ist bei einem Vertragsabschluss im Internet nicht eröffnet. Weder liegt ein Haustürgeschäft iSd. § 312 Abs. 1 Nr. 1-3 BGB vor, noch führt das Umgehungsverbot des § 312 f Satz 2 BGB zu einer Anwendung des § 29c ZPO.

⁶⁹⁹ Vgl. Abschnitt D V 1c bb im 1. Teil dieser Arbeit.

⁷⁰⁰ Vgl. Abschnitt D V 1c cc im 1. Teil dieser Arbeit.

VI. Gerichtsstandsvereinbarungen gem. § 38 ZPO

Schließlich könnte sich der Gerichtsstand aus einer Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien iSd. § 38 ZPO ergeben. Vereinbarungen über den Gerichtsstand sind unter den Voraussetzungen der §§ 38, 40 ZPO zulässig. Typische Probleme bei der Anwendung auf Auslandssachverhalte weisen dabei die Voraussetzungen des § 38 Abs. 1 und 2 ZPO auf. Auf diese beiden Vorschriften soll daher im Folgenden vertiefend eingegangen werden.

Hinsichtlich der Voraussetzungen des § 38 ZPO ist zunächst zu differenzieren: Abs. 1 der Vorschrift erlaubt eine ausdrückliche oder stillschweigende Gerichtsstandsvereinbarung nur, sofern die Vertragsparteien Kaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind. Diese Möglichkeit steht bei einem Vertragsschluss zwischen einem Warenanbieter und einem Verbraucher im Internet also nicht offen. Nach Abs. 2 ist eine Gerichtsstandsvereinbarung jedoch auch unter Nichtkaufleuten zulässig, sofern eine der Parteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat. Allerdings sind dann besondere Formvorschriften zu beachten: § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO verlangt für eine solche Vereinbarung entweder die Schriftform oder aber eine schriftliche Bestätigung.

1. Gerichtsstandsvereinbarungen bei Auslandssachverhalten gem. § 38 Abs. 2 ZPO

Im Hinblick auf Auslandssachverhalte ist zunächst auf die Regelung des § 38 Abs. 2 ZPO einzugehen. Sie setzt das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezuges ausdrücklich voraus: § 38 Abs. 2 Satz 1 ZPO zufolge können Vertragsparteien die Zuständigkeit eines Gerichts des ersten Rechtszuges dann vereinbaren, wenn mindestens eine der Parteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat. Aus der Formulierung „mindestens“ wird aber deutlich, dass die Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn beide Parteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland vorweisen können. Auf das Vorliegen eines besonderen inländischen Gerichtsstandes iSd. §§ 20 ff. ZPO kommt es dabei nicht an.⁷⁰¹

Im Grundsatz gilt, dass der internationale Gerichtsstand frei gewählt werden kann.⁷⁰² Hat jedoch eine Partei einen inländischen allgemeinen Gerichtsstand, so ist bei der Wahl des Gerichts die Beschränkung des § 38 Abs. 2 Satz 3 ZPO zu beachten: In diesem Fall darf nur ein solches Gericht gewählt werden, bei dem diese Partei ihren allgemeinen Gerichtsstand hat oder bei dem ein besonderer Gerichtsstand begründet ist.

⁷⁰¹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 38 ZPO Rn. 21; Fricke, VersR 1997, 399 (406); Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 38 ZPO Rn. 13.

⁷⁰² Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 38 ZPO Rn. 23; Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 38 ZPO Rn. 15; Zöllner-Vollkommer, § 38 ZPO Rn. 29.

Unklarheit besteht in mehrerer Hinsicht über den Anwendungsbereich der Norm. Zum einen ist eine Abgrenzung zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Gerichtsstandsvereinbarungen, d.h. zu Art. 23 EuGVVO, vorzunehmen. Des Weiteren ist eine Untersuchung darüber anzustellen, ob § 38 Abs. 2 ZPO auch dann anzuwenden ist, wenn es sich bei den Vertragsparteien um Kaufleute iSd. § 38 Abs. 1 ZPO handelt. An späterer Stelle gilt es insoweit zu klären, ob auch für sie unter Hinweis auf den internationalen Sachverhalt § 38 Abs. 2 ZPO einschlägig ist oder ob angesichts ihrer Kaufmannseigenschaft nicht vielmehr die Vorschrift des § 38 Abs. 1 ZPO zur Anwendung gelangt.

a) Abgrenzung zu Art. 23 EuGVVO

Zunächst bedarf jedoch die Anwendbarkeit des § 38 Abs. 2 ZPO in Abgrenzung zu Art. 23 EuGVVO einer genaueren Betrachtung. Wie oben dargelegt, kommt Art. 23 EuGVVO richtigerweise immer dann zur Anwendung, wenn mindestens eine Partei ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union (mit Ausnahme Dänemarks, für das weiterhin Art. 17 EuGVÜ gilt⁷⁰³) hat und das vereinbarte Gericht sich in einem weiteren Mitgliedstaat befindet. Demnach kann § 38 Abs. 2 ZPO nur Geltung beanspruchen, wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

§ 38 Abs. 2 ZPO setzt seinerseits voraus, dass mindestens eine der Vertragsparteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat. Die Vorschrift ist also grundsätzlich in zwei möglichen Konstellationen anwendbar: zum einen dann, wenn die andere Partei ihren Wohnsitz im Inland hat; zum anderen dann, wenn keine der beiden Parteien ihren Wohnsitz im Inland hat. Für den Fall, dass die andere Partei einen Gerichtsstand im Inland hat und Gegenstand der Vereinbarung ein Gericht in einem weiteren Mitgliedstaat der EU ist, kann § 38 Abs. 2 ZPO jedoch nicht zur Anwendung gelangen. Denn in dieser Konstellation ist Art. 23 EuGVVO vorrangig.

Bei genauerer Betrachtung fällt demnach auf, dass § 38 ZPO aufgrund des Vorrangs von Art. 23 EuGVVO nur in zwei Grundkonstellationen eine eigenständige Bedeutung hat: Zum einen dann, wenn bei Wahl eines Gerichtsstandes in einem Mitgliedstaat der EU keine der beiden Vertragsparteien einen Wohnsitz in einem weiteren Mitgliedstaat der EU hat; zum anderen dann, wenn bei Wahl eines Gerichtsstandes in einem Staat außerhalb der EU – was die Anwendbarkeit des Art. 23 EuGVVO von vornherein ausschließt – mindestens eine Partei keinen Wohnsitz in Deutschland hat, wie es der Wortlaut des § 38 Abs. 2 ZPO vorsieht.

⁷⁰³ Vg. Art. 1 Abs. 3 EuGVVO.

Sofern eine Vertragspartei ihren Wohnsitz bzw. Sitz in Deutschland und damit innerhalb der EU hat, kann § 38 Abs. 2 ZPO also nur dann zur Anwendung gelangen, wenn der Vertragspartner seinerseits den Wohnsitz bzw. Sitz im Ausland hat und wenn zudem der vereinbarte Gerichtsstand nicht in einem weiteren Mitgliedstaat der EU gelegen ist. Die Gerichtsstandsvereinbarung muss in dieser Konstellation entweder ein deutsches oder aber ein gänzlich außereuropäisches Gericht benennen. Nur dann fehlt der gemeinschaftsrechtliche grenzüberschreitende Bezug, der im Rahmen des Art. 23 EuGVVO zu fordern ist, so dass die Anwendung des Art. 23 EuGVVO ausgeschlossen ist.

b) Zulässigkeit der Vereinbarung

Ist die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 38 Abs. 2 ZPO geklärt, muss geprüft werden, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung unter den Voraussetzungen der Vorschrift selbst zulässig ist. Das wirksame Zustandekommen einer Einigung der Parteien ist demgegenüber unter Zugrundelegung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts zu überprüfen.⁷⁰⁴

Eine wesentliche Aussage über die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung findet sich in § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Die Gerichtsstandsvereinbarung wird nur dann vom autonomen deutschen IZPR zugelassen, wenn sie besonderen Formvorschriften genügt. Im Folgenden ist daher das Augenmerk auf diese Formvorschriften zu richten.

aa) Schriftform gem. § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO

§ 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO verlangt, dass die Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich abgeschlossen wird oder, sofern sie mündlich getroffen wird, schriftlich bestätigt wird. Für die in Rede stehenden Internet-Sachverhalte bereitet diese Voraussetzung besondere Probleme: Fraglich ist, ob durch elektronische Vereinbarungen das Erfordernis der Schriftlichkeit iSd. § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO gewahrt werden kann. Die Beantwortung dieser Frage wird dabei durch den Umstand erschwert, dass die Anforderungen an die Schriftform iSd. § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO ohnehin umstritten sind. Auf diesen Streit ist im Folgenden einzugehen.

⁷⁰⁴ BGHZ 49, 124 (126); NJW 1989, 1431 (1432); Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, Übers § 38 ZPO Rn. 7; Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 57; Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., Vorbem § 38 ZPO Rn. 7; Schack, IZVR, Rn. 432.

(1) Voraussetzungen

Nach einer Ansicht ist mit dem Erfordernis der Schriftform diejenige des § 126 BGB gemeint.⁷⁰⁵ Folglich muss eine Urkunde vorliegen, die gem. § 126 Abs. 2 BGB von beiden Parteien eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet worden ist. Nach anderer Auffassung ist die Vorschrift hingegen als Nachbildung zu Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ zu verstehen und unterliegt damit nicht der strengen Form des § 126 BGB.⁷⁰⁶ Stattdessen soll es genügen, wenn die Parteien ihre Erklärungen auf getrennten Schriftstücken, d.h. im Schriftwechsel, abgeben.⁷⁰⁷ Eine Unterschrift ist ebenfalls nicht nötig.⁷⁰⁸

Für eine elektronische Gerichtsstandsvereinbarung ist dieser Streit von besonderer Relevanz: Unter Zugrundelegung der ersten Ansicht könnten die Parteien eines elektronisch abgeschlossenen Vertrages die Form nur dann einhalten, wenn sie gem. §§ 126 Abs. 3, 126a BGB die elektronische Form beachten, d.h. der Erklärung ihren Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur iSd. § 2 Nr. 3 SigG versehen. Gem. § 126a Abs. 2 BGB müssten die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument auf diese Weise elektronisch signieren. Hingegen würde unter Zugrundelegung der zweiten Auffassung für die Einhaltung der Form das gleiche gelten, was bereits im Rahmen des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EuGVÜ festgestellt wurde: Zumindest eine Gerichtsvereinbarung, die durch den Austausch von Emails zustande kommt, wird dem Erfordernis der Schriftlichkeit gerecht. Allerdings ist die Schriftform nicht erfüllt, wenn die Zustimmung des Kunden zu einer Gerichtsstandsklausel per Mausklick erfolgt.⁷⁰⁹

Zu entscheiden ist, welcher Meinung der Vorzug zu geben ist. Zunächst ist daran zu denken, dass § 126 BGB selbst keinerlei Aussage über seinen Anwendungsbereich enthält. Er gilt dann, wenn „durch Gesetz“ die schriftliche Form vorgeschrieben wird. § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO stellt eine Schriftformvorschrift „durch Gesetz“ dar. Jedoch ist in systematischer Hinsicht grundsätzlich zwischen materiellrechtlichen und rein prozessualen Normen zu unterscheiden. Insofern gilt § 126 BGB im Bereich des Verfahrensrechts nicht unmittelbar.⁷¹⁰ Vielmehr kann er nur dann angewendet werden, wenn auf die Bestimmung ausdrücklich ver-

⁷⁰⁵ Rißmann, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), S. 709 (732); ders., K&R 1998, 129 (131). Offengelassen in BGHZ 116, 77 (80).

⁷⁰⁶ Bork, ZJP 105 (1992), 336 (337); MK-ZPO-Patzina, § 38 ZPO Rn. 31; Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 38 ZPO Rn. 15; Thomsen-Guth, IPRax 1991, 302 (303); Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 37 Rn. 8; Zöller-Vollkommer, § 38 ZPO Rn. 23, 27. Offengelassen in BGHZ 116, 77 (80).

⁷⁰⁷ Stein/Jonas-Bork, 22. Aufl., § 38 Rn. 26, 27; Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 38 ZPO Rn. 15.

⁷⁰⁸ Stein/Jonas-Bork, 22. Aufl., § 38 Rn. 26, 27; Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 38 ZPO Rn. 15.

⁷⁰⁹ Vgl. Abschnitt C VI 1b bb im 1. Teil dieser Arbeit.

⁷¹⁰ BGHZ 24, 297 (299); NJW 1983, 1498 (1498); ferner BVerfGE 74, 228 (235); 15, 288 (292).

wiesen wird oder wenn wenigstens die Auslegung ergibt, dass das in der verfahrensrechtlichen Norm enthaltene Formerfordernis dem bürgerlichen Recht entsprechen soll.⁷¹¹ Da eine ausdrückliche Verweisung auf § 126 BGB in § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht erfolgt, ist also durch Auslegung zu klären, ob das in § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO enthaltene Formerfordernis dem bürgerlichen Recht entsprechen soll.

Der Wortlaut der Norm, wonach die Vereinbarung „schriftlich“ erfolgen soll, ist insoweit für sich genommen nicht aussagekräftig. Allerdings fällt auf, dass in § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht nur die Schriftform verlangt wird, sondern dass auch das Formerfordernis der sogenannten Halbschriftlichkeit in Gestalt einer mündlichen Vereinbarung mit anschließender schriftlicher Bestätigung ausreichend ist. Die sogenannte Halbschriftlichkeit ist dem bürgerlichen Recht jedoch fremd. Dies deutet darauf hin, dass die Form des § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht dem bürgerlichen Recht entsprechen soll.

Hingegen entspricht der Wortlaut des § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO den Formvoraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ. Dies spiegelt den Willen des Gesetzgebers wider: § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO wurde als Vorschrift für internationale Gerichtsstandsvereinbarungen bewusst in Anlehnung an Art. 17 EuGVÜ formuliert.⁷¹² Seitens des Gesetzgebers war also eine Übereinstimmung des Schriftformerfordernisses von § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO mit dem des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ durchaus beabsichtigt. Dies spricht dafür, die Schriftform des § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO genau so zu verstehen, wie dies im Rahmen des EuGVÜ erfolgt. Richtigerweise ist daher davon auszugehen, dass das Erfordernis der Schriftlichkeit nicht die strengen Voraussetzungen des § 126 BGB zur Anwendung bringen soll, sondern dass die im Rahmen des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ für die Schriftform entwickelten Grundsätze gelten.

Für Gerichtsstandsvereinbarungen, die im Internet abgeschlossen werden, kann daher im Hinblick auf die Einhaltung der Schriftform gem. § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO nichts anderes gelten als das, was bereits oben im Rahmen des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ ausführlich erörtert wurde.⁷¹³ Auf die obige Darstellung wird insoweit verwiesen.

(2) Neuregelung für elektronische Übermittlungen in Art. 23 Abs. 2 EuGVVO

Allerdings stellt sich in Anbetracht der Tatsache, dass Art. 17 EuGVÜ inzwischen weitgehend durch Art. 23 EuGVVO abgelöst wurde, ein neues Problem. Zwar wurde der Inhalt

⁷¹¹ Stein/Jonas-Bork, 22. Aufl., § 38 Rn. 26.

⁷¹² Vgl. den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/1384, S. 4.

⁷¹³ Vgl. Abschnitt C VI 1b im 1. Teil dieser Arbeit.

des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ dadurch letztlich nicht verändert, sondern vielmehr wörtlich in den neuen Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO aufgenommen, der ebenfalls das Erfordernis der Schriftform bzw. der Halbschriftlichkeit benennt. Jedoch enthält Art. 23 in seinem Abs. 2 im Hinblick auf das Formerfordernis eine Neuregelung für elektronische Übermittlungen, die dem Art. 17 EuGVÜ fremd ist. Danach sind elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, der Schriftform gleichgestellt. Es fragt sich also, ob auch diese besondere Regelung der Schriftform im Rahmen des § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO Berücksichtigung finden soll.

Dafür mag sprechen, dass Art. 23 Abs. 2 EuGVVO letztlich nichts anderes ist als eine ausdrückliche Beurteilung des Schriftlichkeitserfordernisses für elektronische Erklärungen. Jedoch ist im Hinblick auf den Inhalt des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO zu bedenken, dass in der Vorschrift nicht etwa klargestellt wird, dass elektronische Übermittlungen dem Schriftformerfordernis entsprechen, also selbst „schriftlich“ erfolgen. Vielmehr wird bloß gesagt, dass elektronische Übermittlungen der Schriftform „gleichgestellt“ werden. Die Notwendigkeit einer ausdrücklichen „Gleichstellung“ elektronischer Übermittlungen mit der Schriftform macht also deutlich, dass elektronische Übermittlungen andernfalls nicht vom Begriff der Schriftlichkeit iSd. Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO erfasst sind. Ob jedoch auch eine ausdrückliche Erweiterung der Schriftlichkeit, die im Rahmen der EuGVVO erfolgt ist, in das Rechtsverständnis des § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO vom Schriftformerfordernis gleichsam „integriert“ werden kann, erscheint höchst fraglich.

Die obige Argumentation, wonach das Schriftformerfordernis des § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO ebenso zu verstehen ist wie in Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ, beruht auf der Gegebenheit, dass § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO – in seiner Funktion als Vorschrift über internationale Gerichtsstandsvereinbarungen – seitens des Gesetzgebers bewusst dem Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ nachgebildet wurde. Den neuen Art. 23 Abs. 2 EuGVVO, der erst seit dem 1. März 2002 Geltung hat, hatte der Gesetzgeber bei Schaffung des § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO hingegen nicht vor Augen. Zwar ist denkbar, dass der Gesetzgeber heutzutage jenes neue gemeinschaftsrechtliche Rechtsverständnis vom Schriftformerfordernis, das sich durch Art. 23 Abs. 2 EuGVVO gewandelt hat, für die deutsche Regelung über internationale Gerichtsstandsvereinbarungen zugrunde legen würde. Jedoch kann dies nicht ohne weiteres unterstellt werden.

Zu beachten ist, dass die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung bisher schon bei der vorrangig zu klärenden Frage, ob überhaupt das Rechtsverständnis des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ für die Bestimmung der Schriftform iSd. § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO herangezogen

werden kann, große Zurückhaltung geübt und sie letztlich offen gelassen hat.⁷¹⁴ Demnach ist noch nicht einmal die Annahme, dass das Schriftformerfordernis des § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO inhaltlich genauso wie in Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ zu verstehen ist, durch die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung bestätigt worden. Nun sogar noch über diese bloße Annahme hinauszugehen und sogar die Aussage des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO über die Gleichstellung elektronischer Übermittlungen mit der Schriftform in das Rechtsverständnis von § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO zu integrieren, erscheint daher gewagt und geht zu weit.

Keinesfalls kann nämlich zwingend unterstellt werden, dass das autonome deutsche Recht über die internationale Gerichtszuständigkeit in jedem Fall einen Gleichklang mit den vereinheitlichten europäischen Vorschriften über die internationale Gerichtszuständigkeit aufweisen soll. Denn das autonome deutsche IZPR kommt ja gerade erst dann zur Anwendung, wenn der Anwendungsbereich für das europäische Einheitsrecht nicht eröffnet ist. Es ist aber nicht ersichtlich, wieso im Anwendungsbereich der autonomen deutschen Vorschriften, der gerade nicht dem Regelungsbereich des europäischen Rechts entspricht, dennoch eine Angleichung an das europäische Recht vorgenommen werden soll. Die Übernahme des Grundgedankens von Art. 23 Abs. 2 EuGVVO in das deutsche Rechtsverständnis von der Schriftform gem. § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist insofern als zu weitgehend abzulehnen.

Sollte der Gesetzgeber allerdings tatsächlich aus rechtspolitischen Gründen eine Übernahme des Grundgedankens des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO in den deutschen § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO befürworten, muss er insoweit Klarheit durch eine ausdrückliche Regelung schaffen. Mangels einer solchen ist jedoch zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht davon auszugehen, dass die Regelung des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO im Rahmen des § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO Berücksichtigung finden soll.

bb) Ergebnis

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass das Schriftformerfordernis gem. § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO genau so zu verstehen ist wie in Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ. Dies legen der Wortlaut und der Wille des Gesetzgebers bei Schaffung der Vorschrift nahe. Hingegen kann der Grundgedanke des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO, wonach elektronische Übermittlungen unter bestimmten Voraussetzungen der Schriftform gleichgestellt sind, im Rahmen des § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht zur Anwendung gelangen.

⁷¹⁴ BGHZ 116, 77 (80).

Unter Hinweis auf die an anderer Stelle für Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ angestellten Überlegungen ergibt sich damit die folgende rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit einer elektronischen Gerichtsstandsvereinbarung: Eine Gerichtsstandsvereinbarung, die durch den Austausch von Emails zustande kommt, wird dem Erfordernis der Schriftlichkeit gem. § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO gerecht. Hingegen ist die Schriftform nicht erfüllt, wenn die Zustimmung des Kunden zu einer Gerichtsstandsklausel per Mausklick erfolgt.

2. Vollkaufmännische Prorogation gem. § 38 Abs. 1 ZPO

Des Weiteren ist zu klären, ob bei Auslandssachverhalten ausschließlich § 38 Abs. 2 ZPO anzuwenden ist oder ob auch § 38 Abs. 1 ZPO zur Anwendung gelangen kann. Die vollkaufmännische Prorogation gem. § 38 Abs. 1 ZPO hat gegenüber § 38 Abs. 2 ZPO den bedeutenden Vorteil, dass sie formlos möglich ist. Insofern ist die Frage, ob Abs. 1 im internationalen Kontext überhaupt anwendbar ist, zumindest dann von besonderer Wichtigkeit, wenn beide Vertragsparteien Kaufleute sind. Gerade im Internet-Handel, der im sogenannten B2B-Commerce, d.h. im Geschäftsverkehr unter Kaufleuten, seinen Schwerpunkt hat, kann sie sich stellen.

a) Anwendbarkeit von § 38 Abs. 1 ZPO auf Auslandssachverhalte

Das Verhältnis zwischen § 38 Abs. 1 und § 38 Abs. 2 ZPO bei Auslandssachverhalten ist bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur abschließend geklärt worden. Nach herrschender Meinung in der Rechtsprechung ist eine Gerichtsstandsvereinbarung in Handels-sachen unter den Voraussetzungen des § 38 Abs. 1 ZPO nur in reinen Inlandsfällen möglich.⁷¹⁵ Dies gelte selbst dann, wenn auch die ausländische Partei alle Voraussetzungen des Kaufmannsbegriffs erfülle; in diesem Fall sei § 38 Abs. 2 ZPO entsprechend anzuwenden.⁷¹⁶ Diese Ansicht vertritt auch eine Mindermeinung in der Literatur.⁷¹⁷ Nach herrschender Auffassung in der Lehre⁷¹⁸, die das OLG Saarbrücken teilt⁷¹⁹, hat in solchen Fällen hingegen die

⁷¹⁵ OLG Nürnberg, NJW 1985, 1296 (1296); AG Berlin-Charlottenburg, NJW 1975, 502 (502).

⁷¹⁶ OLG Nürnberg, NJW 1985, 1296 (1296); AG Berlin-Charlottenburg, NJW 1975, 502 (502). Offengelassen allerdings vom OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 567 (568).

⁷¹⁷ Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, Anh § 2 Rn. 119; MK-ZPO-Patzina, § 38 ZPO Rn. 23; Zöller-Vollkommer, § 38 ZPO Rn. 25; Vollkommer, Rpfleger 1974, 129 (134).

⁷¹⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 38 ZPO Rn. 21; Schack, IZVR, Rn. 438; Stein/Jonas-Bork, 22. Aufl., § 38 Rn. 19; Pfeiffer, IPRax 1998, 17 (18); Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 37 Rn. 6; Samtleben, NJW 1974, 1590 (1595); Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 38 ZPO Rn. 15; Putzo, NJW 1975, 502 (503); Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 57; Wieczorek/Schütze-Hausmann, § 38 Rn. 43.

⁷¹⁹ OLG Saarbrücken, NJW 2000, 670 (671); OLG Saarbrücken, NJW-RR 1989, 828 (829).

Regelung des Abs. 1 Vorrang, so dass sich zwei Kaufleute auch im internationalen Rechtsverkehr die Formerleichterung des Abs. 1 zunutze machen können.

Im Sinne der erstgenannten Ansicht lässt sich auf den ersten Blick anführen, dass § 38 Abs. 2 ZPO seinem Wortlaut zufolge speziell auf Auslandssachverhalte ausgerichtet ist. Er verlangt, dass mindestens eine der Parteien keinen allgemeinen Gerichtsstand, d.h. keinen Wohnsitz bzw. Sitz im Inland hat.⁷²⁰ Auf der anderen Seite weist die Formulierung des § 38 Abs. 2 ZPO aber auch darauf hin, dass jene Vorschrift neben § 38 Abs. 1 ZPO nur ergänzende Funktion hat. Dies wird an dem Wort „ferner“ deutlich.⁷²¹

Eine Entscheidung des Streits kann daher nicht allein unter Hinweis auf den Wortlaut des § 38 Abs. 2 ZPO erfolgen. Vielmehr ist auf den Zweck des § 38 Abs. 1 ZPO einzugehen. Wesentliches Merkmal der Regelung in § 38 Abs. 1 ZPO ist die Privilegierung des genannten Personenkreises durch die Formfreiheit der Vereinbarung. Sie beruht auf der Überlegung, dass die Warn- und Beweisfunktion, die der Schriftform zugeschrieben wird, für diese Personkreise nicht erforderlich ist. Gerade im Hinblick auf Kaufleute ist daran zu denken, dass sie aufgrund ihrer Routine im geschäftlichen Verkehr keines besonderen Schutzes bedürfen, da sie um die Nützlichkeit einer schriftlichen Fixierung wichtiger Vertragsbestimmungen selbst wissen.⁷²²

Diese Überlegung gilt aber keineswegs nur für deutsche Kaufleute, sondern lässt sich auch auf ausländische Kaufleute übertragen. Gerade solchen Kaufleuten, die sogar im internationalen Geschäftsverkehr tätig sind, kann bei lebensnaher Betrachtungsweise unterstellt werden, dass sie eine besondere Routine beim Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen haben. In Anbetracht der Internationalität ihrer Geschäftsbeziehungen haben gerade sie ein besonderes Interesse daran, Rechtssicherheit über die Gerichtszuständigkeit zu schaffen und zu diesem Zweck den Gerichtsstand in einer Vereinbarung festzulegen. Insofern ist nicht ersichtlich, wieso die Vorschrift des § 38 Abs. 1 ZPO nicht auch im internationalen kaufmännischen Verkehr Anwendung finden sollte.

Zwar wird insoweit angeführt, dass unter Kaufleuten, die in verschiedenen Staaten ansässig sind, keinesfalls ein wirtschaftliches Gleichgewicht bestehe. Insofern sei ein Kaufmann im internationalen Geschäftsverkehr dem Schutz des § 38 Abs. 2 ZPO zu unterstellen, dessen Ziel es sei, vor allem willkürliche und eine Partei benachteiligende Gerichtsstandsvereinba-

⁷²⁰ So Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher, Anh § 2 Rn. 119.

⁷²¹ Ebenso Stein/Jonas-Bork, 22. Aufl., § 38 Rn. 19.

⁷²² Schack, IZVR, Rn. 438.

rungen zu verhindern.⁷²³ Mit dieser Argumentation wird jedoch letztlich die gesamte Regelung des § 38 Abs. 1 ZPO ad absurdum geführt, da ein wirtschaftliches Gleichgewicht auch im inländischen kaufmännischen Verkehr keinesfalls immer gegeben ist.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass dieser Grundgedanke, wonach Kaufleute nicht desselben Schutzes bedürfen wie ein sonstiger Teilnehmer am Geschäftsverkehr, auch dem gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeitsrecht nicht fremd ist. So enthält auch Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. c EuGVVO Sonderregeln für den kaufmännischen Verkehr, die das Formerfordernis der Schriftlichkeit modifizieren.

Nach alledem sind besondere Gründe, die für eine Anwendung des § 38 Abs. 2 ZPO sprechen, nicht ersichtlich. Die erstgenannte Ansicht kann daher nicht überzeugen.

b) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass § 38 Abs. 1 ZPO grundsätzlich auch im internationalen kaufmännischen Verkehr Anwendung findet.

Der Vollständigkeit halber sei ferner erwähnt, dass im Rahmen des § 38 Abs. 1 ZPO nach deutschem Rechtsverständnis zu untersuchen ist, ob es sich bei den Parteien um Kaufleute iSd. § 38 Abs. 1 ZPO handelt, da es sich insoweit um eine prozessuale Voraussetzung für die Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nach deutschem IZPR handelt.⁷²⁴ Unter einem Kaufmann ist insofern jeder Inhaber eines Handelsgewerbes iSd. § 1 Abs. 2 HGB zu verstehen.⁷²⁵ Zwar mag die Anwendung des deutschen Kaufmannsbegriffs auf internationale Sachverhalte in Einzelfällen zu Problemen führen, weil das deutsche Rechtsverständnis von der Kaufmannseigenschaft vielen anderen ausländischen Rechtsordnungen fremd ist.⁷²⁶ Diesem Problem kann jedoch dadurch begegnet werden, dass in solchen vereinzelt Zweifelsfällen auf § 38 Abs. 2 ZPO zurückgegriffen wird.⁷²⁷

VII. Exkurs: Sachliche und örtliche Zuständigkeit bei internationaler Zuständigkeit eines deutschen Gerichts

Die internationale Zuständigkeit bezieht sich ausschließlich auf die Frage, ob die deutschen oder aber ausländische Gerichte für den in Streit stehenden Fall zuständig sind. Nach

⁷²³ AG Berlin-Charlottenburg, NJW 1975, 502 (502).

⁷²⁴ Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Teil 31 Rn. 57; Schack, IZVR, Rn. 439.

⁷²⁵ Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., § 38 ZPO Rn. 9; Zöller-Vollkommer, § 38 ZPO Rn. 18.

⁷²⁶ Darauf weist Vollkommer hin: Zöller-Vollkommer, § 38 ZPO Rn. 25.

⁷²⁷ Ebenso Stein/Jonas-Bork, 22. Aufl., § 38 Rn. 19.

Klärung dieser Frage sind dann die sachliche und die örtliche Zuständigkeit zu erörtern. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit eines Gerichts ist von der internationalen Zuständigkeit grundsätzlich zu trennen.⁷²⁸ Sie ergibt sich aus dem nationalen Prozessrecht, das im Staat des international zuständigen Gerichts angewandt wird.⁷²⁹

Sofern die Anwendung der Vorschriften über die internationale Zuständigkeit ergeben hat, dass ein deutsches Gericht international zuständig ist, ist demnach anhand der §§ 12 ff. ZPO zu ermitteln, an welchem Ort sich das zuständige Gericht befindet. Unproblematisch ist die Feststellung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit dabei in all jenen Fällen, in denen die §§ 12 ff. ZPO ohnehin schon für die Feststellung der internationalen Zuständigkeit herangezogen wurden.

Problematisch erscheint die Feststellung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit hingegen in den Fällen, in denen die Vorschriften der EuGVVO oder des EuGVÜ/LugÜ die internationale Zuständigkeit begründet haben. Die dort niedergelegten Regelungen haben zum Teil keine Entsprechung im deutschen Prozessrecht über die örtliche Zuständigkeit.

So stellt sich die Frage, wie die örtliche Zuständigkeit beim Gerichtsstand des vertraglichen Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVVO bzw. Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ festzustellen ist, welcher dem deutschen Prozessrecht jedenfalls für Nicht-Kaufleute fremd ist. In diesem Fall ist die örtliche Zuständigkeit der Vorschrift der EuGVVO bzw. des EuGVÜ/LugÜ selbst zu entnehmen: Nach seinem Wortlaut („Gericht des Ortes“) regelt Art. 5 Nr. 1 EuGVVO bzw. Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ auch die örtliche Zuständigkeit.⁷³⁰ Ein Rückgriff auf §§ 12 ff. ZPO ist insoweit unzulässig.⁷³¹

Bei der Zuständigkeit für Verbrauchersachen gem. Art. 15 iVm. Art. 16 EuGVVO ist zu differenzieren: Für Klagen des Verbrauchers gilt gem. Art. 16 Abs. 1 EuGVVO ebenfalls, dass das Gericht „des Ortes“, an dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, zuständig ist. Hier findet sich also eine autonome Regelung der örtlichen Zuständigkeit. Allerdings ist für Klagen des anderen Vertragspartners gegen den Verbraucher iSd. Art. 16 Abs. 2 EuGVVO keine entsprechende Formulierung ersichtlich. Insoweit ist auf das nationale Zivilprozessrecht zurückzugreifen. Art. 16 Abs. 2 EuGVVO wiederholt jedoch ohnehin nur die Grundregel des allge-

⁷²⁸ BGH ZZZ 112 (1999), 99 (100); Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, Übers § 12 ZPO Rn. 6; Schütze, ZZZ 90 (1977), 67 (73); Thomas/Putzo-Putzo, 26. Aufl., Vorbem § 1 ZPO Rn. 5.

⁷²⁹ Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., Vor Art. 2 Rn. 3, 4.

⁷³⁰ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, Art. 5 EuGVVO Rn. 2; Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325 (328).

⁷³¹ Musielak-Weth, 4. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 1; Thomas/Putzo-Hüßtege, 26. Aufl., Art. 5 EuGVVO Rn. 1.

meinen Gerichtsstandes iSd. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO, so dass hier letztlich auch im deutschen Recht die Regelung des allgemeinen Gerichtsstands herangezogen werden kann.

Im Anwendungsbereich des Art. 13 iVm. Art. 14 EuGVÜ/LugÜ über die Zuständigkeit für Verbrauchersachen kommen mangels einer autonomen Regelung in Art. 14 EuGVÜ/LugÜ ebenfalls die autonomen deutschen Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit zur Anwendung.⁷³² Allerdings ist ein Verbrauchergerichtsstand dem deutschen Recht fremd. Daher soll insoweit eine Ersatzzuständigkeit am Wohnsitz des Verbrauchers bestehen.⁷³³ Dies leuchtet ein. Im Ergebnis lässt sich auf diese Weise die gleiche örtliche Zuständigkeit feststellen wie bei Anwendung der EuGVVO.

VIII. Zusammenfassung

Die Darstellung des autonomen deutschen Rechts zur Bestimmung des internationalen Gerichtsstands zeigt auf, dass sich auch außerhalb des Anwendungsbereichs der vereinheitlichten Vorschriften zahlreiche Probleme der Rechtsanwendung stellen. Teilweise sind sie den Rechtsanwendungsproblemen im europäischen Einheitsrecht vergleichbar, wie etwa die Bestimmung der Niederlassung eines im Internet-Handel tätigen Unternehmens oder die Beurteilung des Schriftformerfordernisses bei einer elektronischen Gerichtsstandsvereinbarung. Es stellen sich jedoch besondere Probleme der Rechtsanwendung auch bei solchen Vorschriften, die dem europäischen Einheitsrecht fremd sind, etwa bei dem besonderen Gerichtsstand des Vermögens gem. § 23 ZPO oder beim besonderen Gerichtsstand für Haustürgeschäfte gem. § 29c ZPO.

Allerdings sind die Probleme der Rechtsanwendung – ebenso wie im Rahmen der EuGVVO – nur zum Teil auf die Besonderheiten von Verträgen im Internet zurückzuführen. Die Anwendung der §§ 12 ff. ZPO auf grenzüberschreitende Sachverhalte wirft auch zahlreiche grundsätzliche Fragen auf, die bislang weder durch die Rechtsprechung noch durch ausdrückliche gesetzliche Regelungen geklärt worden sind.

⁷³² BGH NJW 1995, 1225 (1226); OLG München RIW 1994, 59; LG Konstanz, NJW-RR 1993, 638 (639); Muißelak-Weth, 2. Aufl., Art. 5 EuGVÜ Rn. 1; Thomas/Putzo-Hüßtege, 23. Aufl., Art. 5 EuGVÜ Rn. 1.

⁷³³ Kropholler, EuZPR, 6. Aufl., Art. 14 Rn. 1; Thorn, IPRax 1994, 426 (428).

2. Teil: Das anwendbare Recht

Nachdem Klarheit darüber geschaffen wurde, welche Gerichte für einen Rechtsstreit zuständig sind, ist zu bestimmen, welches nationale materielle Recht auf den Sachverhalt Anwendung findet. Dies wird anhand der nationalen Kollisionsnormen festgestellt, die in jenem Staat gelten, in dem sich das zuständige Gericht befindet.¹ Für den weiteren Gang der Untersuchung soll dabei unterstellt werden, dass ein deutsches Gericht für den Rechtsstreit zuständig ist und anhand der deutschen Kollisionsnormen über die Frage nach dem anwendbaren Recht entscheidet.

A. Rechtsquellen

Im deutschen Recht sind die Kollisionsnormen in Artt. 3-49 EGBGB festgeschrieben, von denen sich wiederum die Artt. 27-37 EGBGB den vertraglichen Schuldverhältnissen widmen. Daneben ist im vorliegenden Kontext das Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 zu beachten, das mit seinem Art. 1 CISG ebenfalls eine Kollisionsnorm enthält, die den internationalen Anwendungsbereich des einheitlichen UN-Kaufrechts festlegt. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem EGBGB und dem CISG ist Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB zu entnehmen, dass die Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen, soweit sie unmittelbar innerstaatliches Recht geworden sind, den Vorschriften des EGBGB vorgehen. Demnach hat das CISG den Vorrang gegenüber den Regelungen der Artt. 27 ff. EGBGB.²

Für den Gang der Untersuchung bedeutet dies, dass zunächst zu prüfen ist, unter welchen Voraussetzungen das international vereinheitlichte Recht über den Warenkauf, das CISG, auf Verträge im Internet anwendbar ist. Erst anschließend ist anhand der Kollisionsnormen der Artt. 27 ff. EGBGB zu untersuchen, auf welche Weise nationales Recht an einen Vertrag, der im Internet abgeschlossen wird, angeknüpft werden kann.

Als letztes wird außerdem zu erörtern sein, ob und inwieweit das Herkunftslandprinzip, das seinen Ursprung in Art. 3 Abs. 1 und 2 der E-Commerce-Richtlinie hat und im deutschen Recht in § 4 TDG umgesetzt worden ist, Bedeutung für die Bestimmung des auf Internet-Verträge anwendbaren Rechts hat.

¹ Hüßtege, IPR, S. 14f.; Junker, RIW 1999, 809 (810).

² Heiderhoff, JA 2002, 246 (246); Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, § 7 I 1; Schmitt, CR 2001, 838 (838).

B. Bestimmung des anwendbaren Rechts anhand der Vorschriften des CISG

Das Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 hat inzwischen in 63 Staaten Geltung erlangt. In Deutschland ist es am 1. Januar 1991 in Kraft getreten; aufgrund des deutschen Vertragsgesetzes zum UN-Übereinkommen handelt es sich um unmittelbar geltendes Recht.³ Das UN-Kaufrecht gilt unter anderem in den meisten Mitgliedstaaten der europäischen Union mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs, Irlands und Portugals. Auch die USA, deren Warenanbieter im E-Commerce sicherlich eine führende Rolle einnehmen, haben das CISG ratifiziert. Keine Geltung hat es hingegen in einer anderen großen Wirtschaftsnation, nämlich Japan.⁴

Das Übereinkommen enthält Vorschriften für Verträge, die einen internationalen Warenkauf zum Gegenstand haben. Gerade das Internet als weltweites Kommunikationsmedium eröffnet eine einfache Möglichkeit, grenzüberschreitende Verträge zu schließen. Somit bedarf es im vorliegenden Zusammenhang einer genauen Erörterung, unter welchen Voraussetzungen die Normen des CISG auf Verträge, die via Internet geschlossen werden, anwendbar sind. In einem Überblick soll daher zunächst auf jene Probleme eingegangen werden, die sich bei Anwendung der Kollisionsnorm des Art. 1 CISG auf elektronische Verträge stellen. Anschließend ist zu klären, ob und auf welche Weise die Parteien eines im Internet geschlossenen Vertrages die Geltung des UN-Kaufrechts ausschließen können. Zum Abschluss sollen kurz die typischen Rechtsanwendungsprobleme angesprochen werden, die sich bei Anwendung der materiellen Regelungen des CISG auf elektronische Verträge ergeben.

I. Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts gem. Art. 1 CISG

In seinem Art. 1 enthält das CISG eine Kollisionsnorm, die die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts regelt: Gem. Art. 1 Abs. 1 CISG ist das Übereinkommen auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind oder wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führen.

³ Vgl. das Vertragsgesetz zum UN-Übereinkommen, BGBl. 1989 II, S. 586.

⁴ Vgl. die Aufzählung der Vertragsstaaten bei Soergel-Lüderitz/Fenge, Art. 1 CISG Rn. 4.

1. Sachlicher Anwendungsbereich: Kaufvertrag über Waren

Das CISG ist gem. Art. 1 Abs. 1 CISG auf Warenkaufverträge anwendbar. Ferner erstreckt sich das Übereinkommen gem. Art. 3 Abs. 1 CISG auf Werklieferungsverträge. Art. 3 Abs. 2 CISG stellt allerdings klar, dass Lieferverträge, bei denen Arbeits- oder sonstige Dienstleistungen den kaufrechtlichen Anteil überwiegen, nicht von dem Übereinkommen erfasst werden.

a) Waren

Der Kaufvertrag oder Werklieferungsvertrag muss sich auf eine Ware erstrecken. Dieser Begriff ist in dem Übereinkommen nicht definiert. Er ist jedoch autonom auszulegen.⁵ Einigkeit herrscht insoweit darüber, dass unter Waren alle beweglichen Sachen im Gegensatz zu Immobilien einerseits und zu Rechten andererseits anzusehen sind.⁶ Zumindest bewegliche körperliche Gegenstände sind unstreitig von Art. 1 Abs. 1 CISG erfasst.⁷ Sofern Parteien im Internet einen Kaufvertrag über einen beweglichen körperlichen Gegenstand abschließen, bestehen am Vorliegen eines Warenkaufvertrages demnach keine Bedenken.

Kontrovers diskutiert wird allerdings die Frage, ob auch Software eine Ware iSd. Vorschrift darstellt.⁸ Für Verträge im Internet ist diese Diskussion von besonderer Bedeutung. Gerade im Internet werden viele Verträge zum Erwerb von Software abgeschlossen, wobei die Software dann üblicherweise im Wege des Downloadverfahrens überlassen wird. Insofern muss dieser Frage im Folgenden nachgegangen werden.

aa) Software als Ware iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG

Es gilt zu klären, ob Software als Ware iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG anzusehen ist. An anderer Stelle wurde bereits festgestellt, dass Software für sich genommen unkörperlich und damit ein immaterielles Gut ist.⁹ Dies wurde zwar im Hinblick auf die Voraussetzungen von Art. 5 Nr.

⁵ *Diedrich*, RIW 1993, 441 (443); *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 1 Rn. 34; *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 43.

⁶ *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 1 Rn. 35, 36; *Junker*, IPR, Rn. 413; *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 42.

⁷ OLG Köln, RIW 1994, 970 (971); OGH Wien, IPRax 1996, 137 (138); *Achilles*, Art. 1 Rn. 4; *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 1 Rn. 34; *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 43.

⁸ *Czerwenka*, S. 138; *Diedrich*, Autonome Auslegung, S. 174-323; *ders.*, RIW 1993, 441 ff.; *Endler/Daub*, CR 1993, 601 (604f.); *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 1 Rn. 38; *Hoeren*, CR 1988, 908 (916); *Karollus*, S. 21; *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 44; *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 32-32b. Exemplarisch aus der US-amerikanischen Literatur *Fakes*, Software Law Journal 3 (1990), 559 ff.; *Honnold*, Uniform Law, Art. 2 Rn. 56, S. 100f.; *Primak*, Computer/Law Journal 11 (1991), 197 ff..

⁹ Vgl. dazu Abschnitt B IV 1a aa (1) (a) im 1. Teil dieser Arbeit.

1 EuGVVO erörtert. Für eine andere Beurteilung der Rechtsnatur von Software besteht aber auch im Rahmen des UN-Kaufrechts kein Anlass. Wie oben dargelegt wurde, ist die Bestimmung der Rechtsnatur nicht mit der Frage zu vermengen, ob die Software auf einem körperlichen Datenträger oder aber direkt via elektronische Datenübertragung überlassen wird.¹⁰ Zu klären ist demnach ausschließlich, ob Software selbst eine „Ware“ iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG ist. Dies hängt entscheidend davon ab, ob unter „Waren“ nur körperliche Gegenstände zu verstehen sind oder ob auch unkörperliche Güter erfasst sind. Hierüber herrscht Streit.

Nach einer engen Auffassung ist der Begriff der „Waren“ auf bewegliche körperliche Gegenstände beschränkt.¹¹ Der entscheidende Zeitpunkt dieser Eigenschaften ist dabei der Zeitpunkt der Lieferung.¹² Software als solche kann demnach nicht von Art. 1 Abs. 1 CISG erfasst sein.¹³ Nach einer weiten Auffassung unterfallen dem Begriff hingegen sämtliche Gegenstände, die beweglich und hinreichend als individuelle Vertragsgegenstände bestimmbar sind und an denen Eigentum übertragen werden kann.¹⁴ Diese Ansicht, der sich auch die deutschsprachige Rechtsprechung angeschlossen hat¹⁵, zählt Software zu den Waren iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG.¹⁶

Fraglich ist, welcher Auffassung Recht zu geben ist. Eine Antwort auf diese Frage kann nur nach einer autonomen Auslegung des Begriffs der „Ware“ im Sinne des UN-Kaufrechts gefunden werden.¹⁷ Dabei ist Art. 7 Abs. 1 CISG zu beachten: Bei der Auslegung des Übereinkommens sind sein internationaler Charakter und die Notwendigkeit zu berücksichtigen, seine einheitliche Anwendung zu fördern.

(1) Grammatikalische Auslegung

Eine Auslegung der Begrifflichkeiten des CISG kann sich nicht an dem deutschen Wortlaut der Vorschrift orientieren, da die deutsche Fassung des Übereinkommens nicht zu den

¹⁰ Vgl. Abschnitt B IV 1a aa (1) (a) im 1. Teil dieser Arbeit.

¹¹ OGH Wien, IPRax 1996, 137 (138); OLG Köln, NJW-RR 1995, 245 (246f.); *Ferrari*, International Sale of Goods, S. 115; *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 1 Rn. 38; *Endler/Daub*, CR 1993, 601 (602); *Hoyer/Posch-Hoyer*, S. 38.

¹² *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 1 Rn. 34; *Herber/Czerwenka*, Art. 1 Rn. 7; *Karollus*, S. 21; *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 50.

¹³ *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 1 Rn. 38.

¹⁴ *Boehme-Neßler*, Cyber Law, S. 131; *Czerwenka*, S. 147f.; *Diedrich*, RIW 1993, 441 (452); *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 1 CISG Rn. 21; *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 44; *Schmitt*, CR 2001, 145 (151).

¹⁵ Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil v. 17.2.2000 – HG 980472, CISG-online Nr. 650 (unter IV 1 c); OLG Koblenz, RIW 1993, 934 (936); LG München I, Urteil v. 8.2.1995 – 8 HKO 24667/93, CISG-online Nr. 203 (unter 1).

¹⁶ *Karollus*, S. 21; *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 1 CISG Rn. 21; *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 44; *Manowski*, CR 1999, 581 (586).

¹⁷ Zur Methodik vgl. ausführlich *Diedrich*, RIW 1993, 441 (443-445).

Originalfassungen des CISG gehört, sondern lediglich eine unverbindliche Anwendungshilfe für deutsche Gerichte darstellt.¹⁸ An dieser Stelle soll daher vor allem auf die englische Originalfassung eingegangen werden, da Englisch die eigentliche Verhandlungssprache für den Entwurf des Übereinkommens war.¹⁹ Ferner soll die französische Originalfassung gewürdigt werden, da Französisch schon für die Vorläuferregelung des CISG, nämlich für das Haager Einheitskaufrecht von 1964 (EKG)²⁰, neben Englisch die zweite Originalsprache war.²¹

Die englische Fassung verwendet den Begriff „goods“, die französische Fassung den Begriff „marchandises“. Zu klären ist also, welches Rechtsverständnis an diese beiden Begriffe geknüpft wird.

Im allgemeinen englischen Sprachgebrauch werden „goods“ definiert als „things that are produced in order to be sold“²² oder „things [...] that can be moved“²³. Charakteristisch ist also offensichtlich die Eigenschaft als Kaufgegenstand einerseits, die Beweglichkeit andererseits.²⁴ Das amerikanische Recht selbst versteht „goods“ ebenfalls in diesem Sinne: In Art. 2-105 section 1 des Uniform Commercial Code (UCC) wird der Begriff definiert als „all things (including specially manufactured goods) which are movable at the time of identification to the contract for sale [...]“. Ein Erfordernis der Körperlichkeit scheint nach dem Wortlaut nicht zu bestehen. Amerikanische Gerichte haben einen Softwareüberlassungsvertrag folglich bislang unter Art. 2-105 UCC subsumiert.²⁵ Diese Praxis ist jedoch mit der Revision des amerikanischen Kaufrechts im Jahr 2003 beendet worden: Nach der Neufassung des Kaufrechts ist eine Anwendung des Art. 2 UCC auf den Erwerb von Computerprogrammen ausgeschlossen, und zwar unabhängig davon, ob diese auf einem Datenträger verkörpert sind oder elektronisch übertragen werden.²⁶

¹⁸ Soergel-Lüderitz/Fenge, Art. 7 CISG Rn. 2; Staudinger-Magnus, Art. 7 CISG Rn. 15; Mehrings, in: Hören/Sieber (Hrsg.), Teil 13.1 Rn. 18; Schmitt, CR 2001, 145 (147); Schmitz, MMR 2000, 256 (259); Stadler, Jura 1997, 505 (506), dort Fn. 10.

¹⁹ Staudinger-Magnus, Art. 7 CISG Rn. 17; Schmitz, MMR 2000, 256 (259).

²⁰ Haager Übereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG) vom 1. Juli 1964 und Haager Übereinkommen zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen (EAG) vom 1. Juli 1964. Vgl. die Texte der Übereinkommen in BGBl. 1973 II, S. 886 und S. 919.

²¹ Staudinger-Magnus, Art. 7 CISG Rn. 17; Schmitz, MMR 2000, 256 (259). Gleichberechtigte Originalfassungen sind außerdem der spanische, arabische, russische und chinesische Text.

²² *Longman Dictionary of Contemporary English*; *Oxford Advanced Learner's Dictionary* (jeweils unter „goods“).

²³ *Cassell Dictionary and Thesaurus*; *Collins Cobuild English Dictionary for Advanced Learners* (jeweils unter „goods“).

²⁴ Schmitt, CR 2001, 145 (147); Schmitz, MMR 2000, 256 (259).

²⁵ *Advent Systems Ltd. v Unisys Corp.*, 925 F. 2d 670 (3d Cir. 1991). Vgl. zur amerikanischen Rechtsprechung die ausführliche Darstellung bei *Diedrich*, RIW 1993, 441 (450).

²⁶ *Reimann/Hahn*, IPRax 2004, 146 (146).

Einen differenzierten Ansatz vertritt die englische Rechtsprechung. Danach sind jedenfalls bewegliche körperliche Gegenstände als „goods“ anzusehen, so dass auch Computerprogramme, die auf einem Datenträger verkörpert sind, unter diesen Begriff subsumiert werden können.²⁷ An dieser Stelle mag der Einwand gelten, dass es hier auf die nationale Rechtsprechung nicht ankommen kann, da nationale Wertungen für eine autonome Definition nicht zugrundegelegt werden dürfen. Die nationale Rechtsprechung ist jedoch insoweit zu berücksichtigen, als sich über das Rechtsverständnis eines ausländischen Rechtsbegriffs nicht urteilen lässt, wenn nicht das Rechtsverständnis innerhalb derjenigen Rechtsordnungen zugrundegelegt wird, die diese Sprache verwenden.²⁸ Selbst nach Heranziehung des amerikanischen und des englischen Rechtsverständnisses von dem Begriff „goods“ ist jedoch zuzugeben, dass sich aus der englischen Originalfassung des CISG kein eindeutiges Ergebnis finden lässt.

Der in der französischen Fassung des Wiener Übereinkommens gebrauchte Begriff „marchandises“ erfasst im allgemeinen Sprachgebrauch „ce qui se vend et s’achète“²⁹ oder „choses mobilières pouvant faire l’objet d’un commerce“³⁰. Dies lässt ebenfalls den Schluss zu, dass lediglich die Eigenschaft als Kaufgegenstand und die Beweglichkeit entscheidend sind, dass es auf die Körperlichkeit aber nicht ankommt. Dafür spricht auf den ersten Blick auch die Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 1 CISG. In Art. 1 Abs. 1 des Haager Einheitskaufrechts von 1964, das den Vorläufer des Wiener UN-Kaufrechts bildet, findet sich der Begriff „objets corporels mobiliers“. Das bedeutet, dass unter Geltung des EKG nur körperliche bewegliche Gegenstände einen tauglichen Kaufgegenstand darstellten. Der Wechsel in der Begrifflichkeit zugunsten von „marchandises“ könnte somit ausdrücken, dass das Rechtsverständnis im UN-Kaufrecht weiter sein sollte. Andererseits wurde auf der Abschlusskonferenz in Wien 1980 hervorgehoben, dass eine Änderung der Bedeutung nicht beabsichtigt sei.³¹ Nichtsdestotrotz lässt sich nicht leugnen, dass mit Einführung des untechnischen Begriffs „marchandises“ letztlich der Weg für eine weite Auslegung geebnet wurde.³² Demnach lässt dieser Begriff den Schluss zu, dass auch unkörperliche Gegenstände als Kaufgegenstände iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG in Betracht kommen.

²⁷ *St. Alban’s City Council and District Council v International Computers Ltd.* [1996] 4 All. E.R. 481 (493) per Sir Iain Glidewell.

²⁸ Dies räumt auch *Schmitz* ein: MMR 2000, 256 (259), dort Fn. 13.

²⁹ *Grand Usuel Larousse* (unter „marchandise“).

³⁰ *Petit Robert* (unter „marchandise“).

³¹ Darauf weisen hin: *Diedrich*, RIW 1993, 441 (446); *ders.*, Autonome Auslegung, S. 170; *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 1 Rn. 34; *Schmitt*, CR 2001, 145 (149); *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 43; *Schmitz*, Die vertraglichen Pflichten, S. 20.

³² *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 1 CISG Rn. 21; *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 44.

Eine klare Aussage über die Definition der „Waren“ unter Heranziehung der englischen und der französischen Originalfassung lässt sich nach alledem aber noch nicht treffen.³³

(2) Systematische Auslegung

Somit ist weiterführend eine systematische Auslegung vorzunehmen. Dabei fällt auf, dass das Übereinkommen selbst in Art. 2 lit. f CISG einen unkörperlichen Gegenstand explizit vom Anwendungsbereich ausnimmt, nämlich die elektrische Energie. Daraus lassen sich jedoch zwei unterschiedliche Schlüsse ziehen. Auf der einen Seite wird mitunter gefolgert, dass sonstige unkörperliche Güter dann vom Übereinkommen erfasst sein müssen. Wären nämlich pauschal alle unkörperlichen Gegenstände vom Anwendungsbereich ausgenommen, hätte es dieser konkreten Ausnahme nicht bedurft.³⁴ Dem wird jedoch auf der anderen Seite entgegengehalten, dass die Ausnahme lediglich deswegen erfolgt sei, weil die Rechtsnatur von Strom in den verschiedenen Rechtsordnungen nicht einheitlich beurteilt werde.³⁵ Art. 2 lit. f CISG habe insofern nur klarstellende Bedeutung für diesen speziellen Fall.³⁶ Eine generelle Aussage über den Ausschluss unkörperlicher Gegenstände lasse dies aber noch nicht zu.³⁷ Letztlich lässt sich also auch anhand der Systematik des Gesetzes keine eindeutige Entscheidung treffen.³⁸

(3) Historische Auslegung

Des Weiteren ist daher der Wille der Mitglieder von UNCITRAL zu berücksichtigen, die an der Schaffung des UN-Kaufrechts beteiligt waren. Aus den Dokumenten geht jedoch ebenfalls nicht eindeutig hervor, ob nur Strom als unkörperlicher Gegenstand vom Übereinkommen ausgenommen werden sollte, oder ob das gleiche auch für andere unkörperliche Gegenstände gelten sollte. Allerdings wurde der Antrag, auch Gas in den Katalog der Ausnahmen iSd. Art. 2 CISG aufzunehmen, abgelehnt.³⁹ Dies ist als Hinweis darauf anzusehen, dass offenbar nicht jeder unkörperliche Gegenstand die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts ausschließen sollte.⁴⁰ Eine endgültige Entscheidung kann jedoch nur mit Hilfe der teleologischen Auslegung erfolgen.

³³ Ebenso *Diedrich*, RIW 1993, 441 (446); *Schmitt*, CR 2001, 145 (148).

³⁴ *Schmitz*, MMR 2000, 256 (259).

³⁵ *Honnold*, Uniform Law, Art. 2 Rn. 56.

³⁶ *Diedrich*, Autonome Auslegung, S. 182; *Honnold*, Uniform Law, Art. 2 Rn. 56.

³⁷ *Diedrich*, Autonome Auslegung, S. 182.

³⁸ Ebenso *Diedrich*, RIW 1993, 441 (446).

³⁹ UNCITRAL Yearbook VIII (1977), S. 27, dort Rn. 35; in: *Honnold*, Documentary History, S. 317 (320).

⁴⁰ Ebenso *Honnold*, Uniform Law, Art. 2 Rn. 56.

(4) Teleologische Auslegung

Da weder die grammatikalische noch die systematische noch die historische Auslegung zu eindeutigen Ergebnissen geführt haben, ist schließlich eine Entscheidung unter besonderer Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Übereinkommens zu treffen. Ziel des UN-Kaufrechts ist gem. Abs. 3 der Präambel, die rechtlichen Hindernisse im internationalen Handel zu beseitigen und seine Entwicklung zu fördern.

Eine Förderung des internationalen Handels durch Anwendung des vereinheitlichten UN-Kaufrechts tritt um so eher dann ein, wenn die Anwendungsvoraussetzungen weit verstanden werden und möglichst viele Vertragsgegenstände von den einheitlichen Regelungen erfasst sind. Dies gilt vor allem für solche Güter, die – wie Software – einen besonderen Zweifelsfall darstellen, da sie sowohl in körperlicher als auch in unkörperlicher Form gleichermaßen vom Verkäufer an den Käufer übertragen werden können. Werden die Voraussetzungen des CISG eng definiert und auf körperliche Gegenstände beschränkt, würden unterschiedliche Ergebnisse über die Anwendung des CISG erzielt – je nachdem, ob eine Übertragung des Vertragsgegenstandes in körperlicher oder in unkörperlicher Form an den Käufer erfolgt. Dies macht das Beispiel der Softwareüberlassung deutlich: Das UN-Kaufrecht würde zwar auf einen Softwareüberlassungsvertrag unter Verwendung eines körperlichen Datenträgers Anwendung finden. Auf Verträge zur elektronischen Überlassung von Software wäre hingegen nationales Recht anwendbar. Damit wird eine besonders unklare Rechtslage für die Parteien geschaffen, zumal auch in den nationalen Rechtsordnungen gerade die Frage nach der Rechtsnatur von Software kontrovers diskutiert wird. Die bezweckte Förderung des internationalen Handels kann aber nur erreicht werden, sofern den Parteien eines internationalen Warenkaufvertrages eine möglichst umfassende Rechtssicherheit gewährleistet wird. Mithin ist der Anwendungsbereich des Übereinkommens möglichst weit zu fassen. Die Differenzierung zwischen körperlichen und unkörperlichen Gegenständen ist der Zielsetzung des Übereinkommens mithin eher abträglich. Sie legt es nach alledem nahe, den Begriff der Ware bzw. „goods“ oder „merchandises“ großzügig auszulegen.

Das bedeutet, dass nicht nur körperliche Gegenstände, sondern auch immaterielle Güter als Waren iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG anzusehen sind.

(5) Zwischenergebnis

Ein Vertrag zur Softwareüberlassung ist mithin einheitlich zu beurteilen, d.h. unabhängig davon, ob sich die Software zum Zeitpunkt der Lieferung auf einem körperlichen Datenträger befindet oder nicht. Auch solche Software, die bloß elektronisch an den Erwerber übermittelt wird und insofern lediglich als immaterieller Kaufgegenstand anzusehen ist, kann also eine Ware und damit ein tauglicher Kaufgegenstand iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG sein.

(6) Vergleich mit der rechtlichen Beurteilung im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 lit. b

EuGVVO

Seltsam mag es anmuten, dass das hier gefundene Ergebnis im Widerspruch steht zu den Ausführungen, die bereits oben im Hinblick auf die Voraussetzung der „beweglichen Sache“ iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO gemacht wurden. Dort wurde entschieden, dass nur die Softwareüberlassung auf einem körperlichen Datenträger dieses Erfordernis erfüllt. Hier wird hingegen jede Form der Softwareüberlassung, also auch eine elektronische Übermittlung von Software, den Begrifflichkeiten des CISG unterstellt. Vor dem Hintergrund, dass zumindest die englische und die französische Wortwahl im CISG und in der EuGVVO die gleiche ist, mag dies verwundern.

Jedoch ist zu bedenken, dass es sich um zwei völlig verschiedene Rechtstexte handelt. Zwar enthält auch die EuGVVO vereinheitlichtes Recht. Dieses gilt jedoch lediglich im regionalen europäischen Rahmen und ist insofern an die Begrifflichkeiten des EG-Vertrages sowie an deren Auslegung durch den EuGH als übergeordnete Auslegungsinstanz gebunden. Demgegenüber gilt das CISG in den Vertragsstaaten weltweit, ohne dass jedoch die Kompetenz zur einheitlichen Auslegung des Übereinkommens einem bestimmten rechtsprechenden Organ zugewiesen wurde. Hier fehlt es also an einer übergeordneten Auslegungsinstanz, die in Zweifelsfällen für Klärung sorgt.

Die EG-Verordnung und das UN-Kaufrecht haben ferner völlig verschiedene Regelungsgegenstände und verfolgen unterschiedliche Ziele: Die EuGVVO stellt vereinheitlichtes Zivilverfahrensrecht dar, um das Funktionieren des europäischen Binnenmarktes zu gewährleisten. Das CISG schafft hingegen materielles Recht für internationale Warenkaufverträge, um den internationalen – weltweiten – Handel zu fördern. Des Weiteren ist zu beachten, dass die Definition des Begriffs der „Ware“ iSd. Art. 23 ff. EG durch den EuGH schon deswegen andere – strengere – Grenzen zieht, weil letztlich auch der Begriff, gegen den die Ware abgegrenzt wird, nämlich die Dienstleistung, als Regelungsmaterie in Artt. 49 ff. EG vom EG-

Vertrag erfasst wird. In der EuGVVO findet sich konsequenterweise auch eine Regelung für Dienstleistungen im Rahmen des Art. 5 EuGVVO, die der Vorschrift über die Gerichtspflichtigkeit bei einem Verkauf beweglichen Sachen inhaltlich sehr nahe kommt. Insofern steht dort die Definition der „beweglichen Sachen“ bzw. „goods“ oder „merchandises“ – als Abgrenzung zu den Dienstleistungen – unter anderen Voraussetzungen als die Definition der gleichlautenden Begriffe im CISG. Kurzum: Von der Abgrenzung im Rahmen des EG-Rechts hängt nicht so eine grundlegende Entscheidung ab wie in Art. 1 Abs. 1 CISG. Selbst wenn ein Gut statt als Ware als Dienstleistung iSd. Definition des EuGH angesehen wird, kommt einem Vertrag zur Überlassung dieses Gutes eine Regelung in der EuGVVO zugute, die im Übrigen inhaltlich sehr ähnlich ist. Wird hingegen anhand des CISG eine Abgrenzung zwischen Ware und Dienstleistung vorgenommen, so fällt letztere ganz aus dem Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts heraus.

Aufgrund dieser bedeutenden Unterschiede zwischen der EuGVVO und dem CISG kann man dem Begriff der „goods“ oder „merchandises“ im CISG also durchaus eine andere Bedeutung zuweisen als in der EuGVVO.

Dafür spricht ferner der Umstand, dass zumindest für die deutsche Übersetzung der Begriffe tatsächlich zwei verschiedene Wörter gewählt wurden. Die Übersetzung lautet in der EuGVVO „bewegliche Sache“, im CISG „Ware“. Zwar ist die deutsche Fassung des CISG keine Originalfassung, so dass deren Wortlaut für die Auslegung nicht herangezogen werden kann. Aber die deutsche Übersetzung stellt immerhin eine Anwendungshilfe für die deutschen Gerichte dar, so dass sie zumindest in einem deutschen Forum nicht gänzlich außer Acht gelassen werden darf.

Nach alledem ist festzuhalten, dass die Entscheidung, Software auch dann als „Ware“ iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG anzusehen, wenn sie im Zeitpunkt der Lieferung nicht auf einem körperlichen Datenträger gespeichert ist, nicht den Ergebnissen bei Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO entgegensteht. Im Rahmen des CISG ist eine Differenzierung zwischen Software auf einem körperlichen Datenträger einerseits und elektronisch übertragener Software andererseits nicht erforderlich.

bb) Ergebnis

Eine „Ware“ iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG ist jedes bewegliche Gut, das Gegenstand eines Kaufs sein kann. Auf die Körperlichkeit kommt es hingegen nicht an. Das CISG ist somit auf Verträge zur Softwareüberlassung anwendbar. Dies gilt unabhängig davon, ob die Software

auf einem körperlichen Datenträger oder im Wege einer elektronischen Übermittlung an den Käufer überlassen wird. Gleiches gilt dann konsequenterweise auch für den dauerhaften Erwerb von Audio-, Bild-, Text- und Videodateien gegen Entgelt, wie etwa e-Books oder „Video on demand“. Auch sie unterfallen dem Begriff der Ware iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG, nicht anders als ihre körperlichen Pendanten, d.h. Musik-CDs, Bücher, Videokassetten oder DVDs.⁴¹

Zu beachten ist im Hinblick auf die Softwareüberlassung allerdings, dass ferner die Voraussetzung des Kaufvertrages iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG erfüllt sein muss. Darauf ist im Folgenden einzugehen, da sich im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen Standard- und Individualsoftware Probleme bei der Einordnung des Vertrages ergeben können.

b) Kaufvertrag oder Werklieferungsvertrag

Gem. Art. 1 Abs. 1 CISG muss der Vertrag zwischen den Parteien ein Kaufvertrag sein. Der Begriff des Kaufvertrages ergibt sich aus den Rechten und Pflichten beider Parteien, die das Übereinkommen in Art. 30 CISG und Art. 53 CISG festlegt.⁴² Danach ist der Kauf ein Austauschvertrag, bei dem der Verkäufer zur Lieferung und Übereignung der Ware und eventueller Dokumente, der Käufer zur Zahlung des Preises und zur Abnahme der Ware verpflichtet ist.⁴³ Dies entspricht auch dem deutschen Rechtsverständnis eines Kaufvertrages und unterliegt insoweit keinen einheitsrechtlichen Besonderheiten. Ein Vertrag, der im Internet abgeschlossen wird und die Bestellung eines beweglichen körperlichen Gegenstandes betrifft, ist demnach unproblematisch als Kauf iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG anzusehen.

Den Kaufverträgen stehen gem. Art. 3 Abs. 1 CISG außerdem Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware gleich, sofern nicht der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat. Auf solche Verträge findet das CISG also ebenfalls Anwendung.

Im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen Kaufverträgen und Warenlieferungsverträgen ergeben sich allerdings Abgrenzungsprobleme bei Verträgen über den Erwerb von Software.

⁴¹ Ebenso *Schmitt*, CR 2001, 145 (155).

⁴² *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 1 Rn. 13; *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 13.

⁴³ OGH Wien, IPRax 1996, 137 (138); *Achilles*, Art. 1 Rn. 2; *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 1 CISG Rn. 22; *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 13.

aa) Vertrag über den Erwerb von Standardsoftware

Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag über den Erwerb von Software als Kaufvertrag oder Warenlieferungsvertrag eingeordnet werden kann. Zwar ist die Rechtslage eindeutig beim Erwerb von Standardsoftware: Ein Vertrag über den Erwerb von Standardsoftware ist unabhängig davon, ob jene sich auf einem körperlichen Datenträger befindet oder nicht, üblicherweise als Warenkaufvertrag einzustufen.⁴⁴ Dies muss zumindest dann gelten, wenn dem Erwerber nicht lediglich eine Nutzungslizenz erteilt wird, sondern das Eigentum vollständig übertragen wird.⁴⁵ Unklar ist hingegen, ob auch ein Vertrag zur Erstellung und Überlassung von Individualsoftware vom CISG erfasst ist. Dies ist deswegen problematisch, weil ein solcher Vertrag nicht nur die klassischen Pflichten von Verkäufer und Käufer gem. Art. 30 und Art. 53 CISG regelt, d.h. die Lieferung und Übereignung einer Ware gegen Zahlung des Kaufpreises. Der Lieferer ist vor allem zur Erstellung des Computerprogramms für die individuellen Bedürfnisse des Erwerbers verpflichtet. Um einen reinen Kaufvertrag iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG kann es sich also nicht handeln.

Den Kaufverträgen stehen aber gem. Art. 3 Abs. 1 CISG auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware gleich, sofern nicht der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat. Auf sie findet das CISG also ebenfalls Anwendung. Gem. Art. 3 Abs. 2 CISG gilt das Übereinkommen hingegen nicht für Verträge, bei denen der überwiegende Teil der Pflichten jener Partei, welche die Ware liefert, in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen besteht.

Unter Zugrundelegung dieser Vorschriften ist daher zu klären, ob auch ein Vertrag zur Erstellung und Überlassung von Individualsoftware gem. Art. 3 Abs. 1 CISG vom Anwendungsbereich des CISG umfasst ist oder ob er gem. Art. 3 Abs. 2 CISG ausgeschlossen ist.

bb) Vertrag zur Erstellung und Überlassung von Individualsoftware

Das CISG wäre anwendbar, sofern der Vertrag zur Erstellung und Überlassung von Individualsoftware als ein Werklieferungsvertrag iSd. Art. 3 Abs. 1 CISG anzusehen ist. Dann müsste der Vertrag die Lieferung einer herzustellenden Ware zum Gegenstand haben.

⁴⁴ Schlechtriem/Schwenzer-*Ferrari*, Art. 1 Rn. 38; *Koch*, Internet-Recht, S. 52; *Slechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht, Rn. 32.

⁴⁵ *Schmitt*, CR 2001, 145 (152).

In der Tat muss der Software-Lieferer die zu liefernde Software unter Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse des Kunden erst herstellen, bevor er sie an den Kunden liefern kann. Dies spricht für die Annahme, dass es sich um einen Werklieferungsvertrag handelt. Gem. Art. 3 Abs. 1 2. HS CISG ist die Anwendung des CISG jedoch ausgeschlossen, wenn der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat. Dieses Ausschlusskriterium könnte unter Hinweis darauf zu bejahen sein, dass der Besteller von Individualsoftware seinem Vertragspartner selbst die notwendigen Informationen darüber zur Verfügung zu stellen hat, welchen besonderen Verwendungszweck die Software hat und welchen Anforderungen sie infolgedessen zu genügen hat. Fraglich ist allerdings, ob diese vom Besteller zu erteilenden Informationen „Stoffe“ iSd. Art. 3 Abs. 1 CISG sind. Mit den „Stoffen“ iSd. Art. 3 Abs. 1 CISG sind nach vorherrschender Ansicht nur Materialien zur Herstellung gemeint, d.h. Rohstoffe, landwirtschaftliche Produkte und Halbfertigungserzeugnisse; bloße Informationen und Leistungsanforderungen seitens des Erwerbers werden dem Begriff hingegen nicht zugerechnet.⁴⁶ Das Ausschlusskriterium des Art. 3 Abs. 1 2. HS CISG ist insofern nicht schon dadurch erfüllt, dass der Erwerber der Software klarstellt, welchen Anforderungen die zu erstellende Software gerecht werden muss.

Dennoch begegnet die Bejahung eines Werklieferungsvertrages Bedenken. Zu beachten ist, dass ein Vertrag zur Erstellung und Lieferung von Individualsoftware zu einem nicht unbeträchtlichen Teil eine geistige Leistung erfordert, nämlich die Entwicklung des auf die Bedürfnisse des Erwerbers zugeschnittenen Computerprogramms. Eine schwerpunktmäßig geistige Leistung des Lieferers ist aber weder den kaufvertraglichen noch den werkvertraglichen Pflichten iSd. Art. 3 Abs. 1 CISG zuzuordnen. Insofern könnte Art. 3 Abs. 2 CISG einschlägig sein, wonach das Übereinkommen nicht auf Verträge anzuwenden ist, bei denen der überwiegende Teil der Pflichten der Partei, welche die Ware liefert, in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen besteht. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn die kauffremden Leistungsanteile des Lieferers wertmäßig ein solches Eigengewicht haben, dass sie ihrer wirtschaftlichen oder technologischen Bedeutung nach die für die bloße stoffliche Herstellung beizusteuernenden Anteile überwiegen und damit bei wertender Betrachtung gegenüber den kaufvertragstypischen Pflichten den eigentlichen Leistungsschwerpunkt bilden.⁴⁷

⁴⁶ *Achilles*, Art. 3 Rn. 3; *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 3 Rn. 10; *Herber/Czerwenka*, Art. 3 Rn. 2; *Honnold*, Uniform Law, Art. 3 Rn. 59; *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 3 CISG Rn. 3; *Staudinger-Magnus*, Art. 3 CISG Rn. 14. Anderer Ansicht *Schmitt*, CR 2001, 145 (153).

⁴⁷ *Achilles*, Art. 3 Rn. 4; *Staudinger-Magnus*, Art. 3 CISG Rn. 21.

Ferner ist das Interesse der Vertragsparteien an der jeweiligen Leistung zu berücksichtigen.⁴⁸ Bei geistigen Leistungen, die sich in Waren niederschlagen, ist darauf abzustellen, ob nach dem wesentlichen Vertragsinhalt die geistige Leistung das eigentliche Ziel des Vertrages ist.⁴⁹

Der Vertrag zur Erstellung von Individualsoftware ist also unter diese Voraussetzungen zu subsumieren. Der überwiegende Teil der vertraglichen Pflichten des Software-Lieferers besteht in der Erschaffung der Software nach den individuellen Bedürfnissen des Interessenten. Die gezielte Erstellung der Software für den festgelegten Verwendungszweck ist das, was für den Erwerber den besonderen Wert von Individualsoftware ausmacht. Andernfalls hätte er schließlich auch auf Standardsoftware zurückgreifen können. Der Umstand, dass er dies aber gerade nicht getan hat, zeigt, dass die individuelle Entwicklung der Software den Leistungsschwerpunkt bildet. Die entscheidende Pflicht des Software-Lieferers ist also die Erbringung geistiger Leistungen, indem er die Individualsoftware entwickelt.⁵⁰ Hierbei handelt es sich nicht um eine typisch kaufvertragliche Pflicht. Zwar wird auch das individuell erstellte Computerprogramm dem Erwerber letztlich dauerhaft überlassen und dabei regelmäßig auch übereignet. Dies ist jedoch nicht die überwiegende Pflicht des Lieferers. Sie besteht vielmehr in der Erbringung der geistigen Leistung. Schon dies spricht dafür, einen Vertrag zur Erstellung und Überlassung von Individualsoftware gem. Art. 3 Abs. 2 CISG vom Anwendungsbereich des CISG auszunehmen.⁵¹

Des Weiteren beinhaltet ein solcher Vertrag regelmäßig Installations-, Anpassungs-, Programmpflege- und Einarbeitungspflichten für den Software-Lieferer.⁵² Diese Pflichten treten als besondere Dienstleistungspflichten neben die Pflicht zur Erstellung der Software.⁵³ Da der Kunde mit dem neu erstellten und folglich bisher unbekanntem Computerprogramm selbst noch nicht vertraut ist, können – abhängig von den Umständen des Einzelfalles – auch diese Pflichten gegenüber den kaufvertraglichen Pflichten überwiegen. Demnach ist auch unter diesem Aspekt Art. 3 Abs. 2 CISG einschlägig.

Ein Vertrag zur Erstellung und Überlassung von Individualsoftware ist somit gem. Art. 3 Abs. 2 CISG vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossen.⁵⁴

⁴⁸ Czerwenka, S. 144; Staudinger-Magnus, Art. 3 CISG Rn. 21.

⁴⁹ Soergel-Lüderitz/Fenge, Art. 3 CISG Rn. 4; vgl. ferner Corte Suprema di Cassazione (Italien), Urteil vom 9.6.1995, Nr. 6499, Unilex 1995 (zu finden unter <http://www.unilex.info>).

⁵⁰ So auch Schmitt, CR 2001, 145 (153).

⁵¹ Ebenso Czerwenka, S. 148; Diedrich, RIW 1993, 441 (452); Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari, Art. 1 Rn. 38.

⁵² Endler/Daub, CR 1993, 601 (606).

⁵³ Endler/Daub, CR 1993, 601 (606).

⁵⁴ Anderer Ansicht Brandi-Dohrn, CR 1993, 473 (476); Schmitt, CR 2001, 145 (153); letzterer unter Bejahung von Art. 3 Abs. 1 CISG, ohne auf Art. 3 Abs. 2 CISG einzugehen.

c) Kein Verbrauchervertrag gem. Art. 2 lit. a CISG

Im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs des UN-Kaufrechts ist des Weiteren auf die Vorschrift des Art. 2 lit. a CISG einzugehen. Sie legt fest, dass der Kauf von Ware für den persönlichen Gebrauch oder für den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt nicht von dem Übereinkommen erfasst ist. Diese Einschränkung ist auch bei Verträgen im Internet zu beachten. Eine Vielzahl von Kaufverträgen wird über solche Waren abgeschlossen, die dem persönlichen Gebrauch dienen, so dass das CISG gem. Art. 2 lit. a CISG keine Anwendung finden kann.

Etwas anderes gilt nach dem Wortlaut der Vorschrift allerdings dann, wenn der Verkäufer vor oder bei Vertragsschluss weder wusste noch wissen musste, dass die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde. Unter diesen beiden Umständen ist das CISG auch auf Verträge anwendbar, die dem persönlichen Gebrauch oder dem Gebrauch in der Familie dienen. Entscheidend ist die positive Kenntnis oder aber jede vorwerfbare Unkenntnis des Verkäufers vom privaten Verwendungszweck.⁵⁵

Diese setzt zunächst voraus, dass die Zweckbestimmung für den Verkäufer überhaupt erkennbar ist. Eine Erkundigungspflicht trifft den Verkäufer aber grundsätzlich nicht.⁵⁶ Im Hinblick auf im Internet abgeschlossene Verträge stellt sich daher die Frage, wie der Verkäufer den privaten Gebrauch der Ware vor oder bei Vertragsabschluss erkennen kann. Zwar mag bei einer Email-Korrespondenz der Parteien der Verwendungszweck der Ware explizit Erwähnung finden, so dass der Verkäufer positive Kenntnis erlangt. Sofern der Vertrag aber durch das Ausfüllen eines Bestellformulars erfolgt, ist für eine solche Mitteilung im Allgemeinen kein Raum. Der Verkäufer hat also keine positive Kenntnis vom Verwendungszweck. Zu klären bleibt dann, unter welchen Voraussetzungen der Verkäufer „wissen musste“, dass ein privater Verwendungszweck vorliegt, inwieweit ihm also seine Unkenntnis vorzuwerfen ist. Hierzu ist auf die oben im Rahmen des Art. 15 Abs. 1 EuGVVO angestellten Überlegungen zur Erkennbarkeit des Vertragszwecks zurückzugreifen.⁵⁷ Anhand der dort genannten Kriterien ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob sich der Verwendungszweck für den Kaufgegenstand erkennen lässt. Ist die Erkennbarkeit anhand der genannten Kriterien für den Vertragspartner zu verneinen, ist ihm seine Unkenntnis nicht vorzuwerfen.

⁵⁵ Staudinger-Magnus, Art. 2 CISG Rn. 21.

⁵⁶ Achilles, Art. 2 Rn. 3; Staudinger-Magnus, Art. 2 CISG Rn. 25. Anderer Ansicht Karollus, S. 26.

⁵⁷ Vgl. Abschnitt B VI 1a im 1. Teil dieser Arbeit.

Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, hat jedoch sowohl der Käufer als auch der Verkäufer die Möglichkeit, Klarheit zu schaffen. Der Käufer hat es in der Hand, dem Verkäufer eine entsprechende Mitteilung über den Verwendungszweck des Kaufgegenstandes zu machen, um in unerkennbaren Fällen einen Ausschluss des CISG gem. Art. 2 lit. a CISG herbeizuführen. Der Verkäufer wiederum kann auf seinem Bestellformular eine Frage nach dem Verwendungszweck des Kaufgegenstandes einbauen und sich auf diesem Wege Klarheit verschaffen.⁵⁸

d) Ergebnis

Unproblematisch zu bejahen ist die sachliche Anwendbarkeit des CISG auf Kaufverträge über bewegliche Gegenstände, sofern diese nicht dem persönlichen Gebrauch oder dem Gebrauch in der Familie dienen. Dies gilt auch dann, wenn der Kaufvertrag im Internet abgeschlossen wurde. Allerdings können sich bei einem elektronischen Vertragsschluss Schwierigkeiten bei der Erkennbarkeit des Verwendungszwecks der Ware ergeben.

Im Hinblick auf Verträge zur Softwareüberlassung ist zu differenzieren: Ein Vertrag über den Erwerb von Standardsoftware stellt einen Warenkaufvertrag iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG dar, sofern die Software nicht dem privaten Gebrauch dient. Dies gilt sowohl dann, wenn die Software auf einem körperlichen Datenträger übergeben wird, als auch dann, wenn sie auf elektronischem Wege an den Erwerber gelangt. Das UN-Kaufrecht ist also auf solche Verträge anwendbar. Hingegen sind Verträge zur Erstellung und Überlassung von Individualsoftware vom sachlichen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts ausgeschlossen. Solche Verträge sind weder als Warenkaufvertrag iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG noch als Werklieferungsvertrag iSd. Art. 3 Abs. 1 CISG anzusehen. Stattdessen greift der Ausschlussstatbestand des Art. 3 Abs. 2 CISG ein.

2. Persönlicher Anwendungsbereich: Niederlassung der Parteien in verschiedenen

Staaten gem. Art. 1 Abs. 1 CISG

Neben dem sachlichen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts ist auf den persönlichen Anwendungsbereich einzugehen. Art. 1 Abs. 1 CISG setzt voraus, dass die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben. Ob die Parteien Kaufleute oder Nichtkaufleute sind, ist dabei ohne Belang, wie Art. 1 Abs. 3 CISG ausdrücklich klarstellt.

⁵⁸ Dies empfehlen auch: *Honnold*, Uniform Law, Art. 2 Rn. 50; *Staudinger-Magnus*, Art. 2 CISG Rn. 25; *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 2 CISG Rn. 3.

a) Begriff der Niederlassung

Der Begriff der Niederlassung wird im CISG nicht definiert. Dennoch herrscht Einigkeit darüber, dass unter einer Niederlassung der Ort zu verstehen ist, an dem die geschäftliche Tätigkeit tatsächlich und schwerpunktmäßig betrieben wird.⁵⁹ Vorausgesetzt wird also eine gewisse Dauer und Stabilität der Einrichtung sowie eine selbständige Handlungskompetenz der Organisationseinheit.⁶⁰ Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich dort auch der Sitz der Geschäftsleitung befindet.⁶¹ Die Definition der Niederlassung iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG weist demnach keine anderen Merkmale als eine Hauptniederlassung iSd. Art. 60 Abs. 1 lit. c EuGVVO auf.

Wiederum kann hier also an die obigen Feststellungen über das Bestehen von Niederlassungen solcher Unternehmen, die im Internet-Handel tätig sind, angeknüpft werden.⁶² Zumindest dann, wenn ein Unternehmen sowohl den Vertragsschluss als auch seine Erfüllung via Internet vornimmt, werden vielfach gar keine Niederlassungen gegründet, da eine Ansammlung von personellen und sachlichen Mitteln gar nicht erforderlich ist, um die geschäftliche Tätigkeit auszuüben. In einem solchen Fall greift Art. 10 lit. b CISG ein: Dieser Vorschrift zufolge ist dann der gewöhnliche Aufenthalt der Partei maßgebend. Darunter ist ein tatsächlicher Aufenthalt von gewisser Dauer zu verstehen.⁶³

b) Erkennbarkeit gem. Art. 1 Abs. 2 CISG

Gem. Art. 1 Abs. 2 CISG wird die Tatsache, dass die Parteien ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten haben, jedoch nicht berücksichtigt, wenn sie sich nicht aus dem Vertrag, aus früheren Geschäftsbeziehungen oder aus Verhandlungen oder Auskünften ergibt, die vor oder bei Vertragsabschluss zwischen den Parteien geführt oder von ihnen erteilt worden sind.

⁵⁹ Bianca/Bonell-Jayme, Art. 1 Anm. 2.3; Karollus, S. 29; Staudinger-Magnus, Art. 1 CISG Rn. 63 und Art. 10 CISG Rn. 4.

⁶⁰ Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari, Art. 1 Rn. 46; Goecke, MDR 2000, 63 (63); Junker, IPR, Rn. 414; Staudinger-Magnus, Art. 1 CISG Rn. 63; Schmitt, CR 2001, 145 (147).

⁶¹ Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari, Art. 1 Rn. 46; Staudinger-Magnus, Art. 1 CISG Rn. 65; Schmitt, CR 2001, 145 (147).

⁶² Vgl. Abschnitt B III 1b aa im 1. Teil dieser Arbeit.

⁶³ Staudinger-Magnus, Art. 10 CISG Rn. 8; Herber/Czerwenka, Art. 10 Rn. 5.

Diese Voraussetzung bereitet bei einem Vertragsabschluss im Internet Probleme. Für die Ermittlung der Niederlassung sind objektive Kriterien heranzuziehen.⁶⁴ Insofern ist auf unternehmensbezogene Merkmale zu achten, die im Rechtsverkehr üblicherweise für einen Außenstehenden ersichtlich werden, wie z.B. die Geschäftsadresse auf einem Briefkopf im Falle schriftlicher Korrespondenz.⁶⁵ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Erkennbarkeit ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.⁶⁶

Gerade bei einer Kommunikation via Internet fragt sich, ob solche objektiven unternehmensbezogenen Kriterien zum maßgeblichen Zeitpunkt wirklich erkennbar sind. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kann der Kunde lediglich auf die Informationen auf der Webseite oder aber auf die Angaben in den Emails seines Vertragspartners zurückgreifen. Eine andere Art der Lokalisierung der Niederlassung, wie sie etwa bei persönlichen Vertragsverhandlungen in den Geschäftsräumen des Vertragspartners möglich wäre, scheidet bei einem Vertragsabschluss im Internet hingegen aus. Es ist also genauer zu untersuchen, ob zum Zeitpunkt eines Vertragsschlusses via Internet erkennbar ist, wo sich die Niederlassung der jeweils anderen Partei befindet. Zur Klärung dieser Frage ist danach zu differenzieren, ob die Parteien ihren Vertrag im Rahmen einer Email-Kommunikation oder aber per Mausklick auf einer kommerziellen Webseite abschließen.

aa) Vertragsverhandlungen und Vertragsschluss per Email

Bei Vertragsverhandlungen und einem Vertragsabschluss per Email ist die Erkennbarkeit der Niederlassung unter zwei verschiedenen Aspekten zu beleuchten.

(1) Email-Adresse

Zum einen ist zu überlegen, ob sich aus den Email-Adressen der Parteien ablesen lässt, in welchen Staaten sie ihre Niederlassungen haben. Denkbar ist zum einen, dass eine Länderkennung als Bestandteil der Email-Adresse Aufschluss darüber gibt, in welchem Staat sich die Niederlassung befindet. So kann die Email-Adresse des Vertragspartners beispielsweise „XY@Freenet.de“ lauten. Daraus lässt sich entnehmen, dass der Vertragspartner sein Mail-Postfach bei dem deutschen Internet Service Provider eingerichtet hat. Dies könnte wiederum darauf hindeuten, dass der Vertragspartner auch seine Niederlassung in Deutschland hat. Zum

⁶⁴ Czerwenka, S. 136; Herber/Czerwenka, Art. 1 Rn. 52; Hoyer/Posch-Hoyer, S. 35; Karollus, S. 28; Staudinger-Magnus, Art. 1 CISG Rn. 73, 74.

⁶⁵ Vgl. Staudinger-Magnus, Art. 10 CISG Rn. 5.

⁶⁶ Staudinger-Magnus, Art. 1 CISG Rn. 72, 80 und Art. 10 CISG Rn. 5.

anderen kann eine Email-Adresse sogar noch konkretere geographische Bezüge aufweisen, zum Beispiel XY@Hamburg.de“.

Zwingend ist der Schluss von der Email-Adresse auf den Staat der Niederlassung allerdings keineswegs. Die Email-Adresse bezeichnet neben der Person, die sie verwendet, lediglich den Internet Service Provider und den Standort des Servers. Die Wahl des Service Providers muss jedoch keinen Bezug zum Ort der Niederlassung aufweisen. Noch viel weniger kann der Server-Standort mit der Niederlassung des Verwenders der Email-Adresse in Beziehung gesetzt werden. Insofern lässt sich an der Email-Adresse nicht ablesen, in welchem Staat sich die Niederlassung des Vertragspartners befindet. Der Rückgriff auf die Email-Adresse würde im Übrigen gänzlich versagen, wenn die Email-Adresse gar keinen Hinweis auf einen einzelnen Staat enthält. Zu denken ist etwa an die Email-Adresse „XY@Hotmail.com“.

(2) Verwendung einer Signatur

Aufschlussreich ist hingegen die Verwendung von Signaturen. Üblicherweise finden sich im geschäftlichen Verkehr per Email unterhalb des Namens des Unterzeichnenden die Geschäftsadresse und sonstige Firmenangaben, etwa Telefon- und Telefaxnummern. Dies ist einem herkömmlichen geschäftlichen Briefkopf vergleichbar. Daran kann die jeweils andere Partei ablesen, an welchem Ort sich jene Niederlassung des Vertragspartners befindet, die die für den Vertragsabschluss erforderlichen Erklärungen abgibt.

Selbst wenn eine solche Signatur nicht verwendet wird und die Erkennbarkeit der Niederlassung für die andere Partei somit nicht ersichtlich ist, ist außerdem an die Möglichkeit der Nachfrage zu denken. Eine Partei kann im Rahmen der Vertragsverhandlungen per Email ohne weiteres nach dem Ort der Niederlassung fragen, um sich rechtzeitig vor dem Vertragsabschluss Klarheit über die Geltung des UN-Kaufrechts zu verschaffen. Dann ergibt sich die Erkennbarkeit aus einer Auskunft der anderen Partei, was den Anforderungen des Art. 1 Abs. 2 CISG ebenfalls genügt.

Erfolgen die Vertragsverhandlungen und der Vertragsschluss im Rahmen einer Email-Kommunikation, bereitet die Voraussetzung der Erkennbarkeit der Niederlassung gem. Art. 1 Abs. 2 CISG demnach regelmäßig keine Schwierigkeiten.

bb) Vertragsschluss per Mausklick auf einer kommerziellen Webseite

Kommt der Vertrag hingegen mittels einer kommerziellen Webseite unter Verwendung eines elektronischen Bestellformulars zustande, das der Kunde ausfüllt und an den Warenanbieter übermittelt, so entfällt sowohl die Möglichkeit, eine Signatur zu verwenden, als auch die Möglichkeit der Nachfrage. An der Erkennbarkeit der Niederlassung bestehen insofern Bedenken. Zwar ist zumindest die Niederlassung des Kunden für den Warenanbieter regelmäßig erkennbar. Der Kunde selbst muss nämlich auf dem Bestellformular eine Lieferanschrift und ggf. eine Rechnungsadresse angeben, aus denen der Warenanbieter den Ort seiner Niederlassung entnehmen kann. Hingegen ist überaus zweifelhaft, ob der Kunde seinerseits auf Angaben zurückgreifen kann, die Auskunft über den Ort der Niederlassung des Warenanbieters geben.

(1) Angaben auf dem Lieferschein oder der Rechnung

Eine gewisse Klarheit ergibt sich, wie bereits im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 60 Abs. 1 EuGVVO erörtert wurde, regelmäßig erst dann, wenn die Lieferung der Ware auf dem herkömmlichen Postweg erfolgt. Denn dann ist für den Kunden zumindest anhand eines Briefkopfes auf dem Lieferschein bzw. auf der Rechnung ersichtlich, wo sich die Niederlassung des Warenanbieters befindet, die den Vertragsschluss bzw. dessen Vertragserfüllung vorgenommen hat. Im Rahmen des Art. 1 Abs. 2 iVm. Art. 10 CISG gilt es jedoch zu bedenken – und darin unterscheidet sich die Regelung des UN-Kaufrechts von der Vorschrift des Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 60 Abs. 1 EuGVVO über den allgemeinen Gerichtsstand –, dass hier nicht etwa auf den Zeitpunkt der Klageerhebung, sondern bereits auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen ist: Gem. Art. 1 Abs. 2 CISG muss sich schon bei Vertragsschluss ergeben, dass die beiden Vertragspartner ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten haben. Die Angaben auf einer Rechnung bzw. auf einem Lieferschein, die der Warensendung beigelegt sind, erfolgen für diese Erkenntnis mithin zu spät.

(2) Pflichtangaben auf der Webseite gem. Art. 4 der Fernabsatz-Richtlinie und Art. 5

Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie

Denkbar ist aber, dass in Anbetracht der europäischen Regelungen über Vertragsschlüsse im Fernabsatz und über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs die erforderlichen Angaben über die Niederlassung bereits auf der kommerziellen Webseite selbst zu finden sind.

Im europäischen Gemeinschaftsrecht wurden durch Art. 4 der Fernabsatz-Richtlinie und durch Art. 5 der E-Commerce-Richtlinie verschiedene Informationspflichten festgeschrieben, die ein Unternehmer seinen Kunden vor Vertragsschluss mitteilen muss. Zu diesen Pflichtangaben gehört gem. Art. 4 Abs. 1 lit. a FARL unter anderem die Identität und, sofern bei Verträgen eine Vorauszahlung erforderlich ist, die Anschrift des Lieferers.⁶⁷ Gemeint ist damit die Anschrift der Niederlassung.⁶⁸ Art. 5 Abs. 1 lit. a und b ECRL verpflichtet einen Diensteanbieter ebenfalls dazu, seinen Namen und die geographische Anschrift, unter der er niedergelassen ist, ständig verfügbar zu machen.⁶⁹ Die Angaben iSd. Art. 4 FARL und Art. 5 ECRL lassen mithin Rückschlüsse auf den Ort der Niederlassung zu.

Allerdings ist auf den ersten Blick fraglich, ob der Maßstab des vereinheitlichten europäischen Rechts betreffend die Informationspflichten überhaupt zur Beurteilung der Erkennbarkeit iSd. Art. 1 Abs. 2 CISG herangezogen werden kann.

Dagegen spricht zum einen, dass zumindest die Informationspflichten gem. Art. 4 FARL nur für den Abschluss von „Verträgen im Fernabsatz“ iSd. Art. 2 Nr. 1 FARL gelten. Nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 1 FARL handelt es sich dabei um Verträge zwischen einem Lieferer und einem Verbraucher. Das UN-Kaufrecht gilt bei Verträgen mit einem Verbraucher aber gerade nicht. Ein Warenanbieter, der Warenkaufverträge iSd. Art. 1 Abs. 1 CISG abschließt, unterliegt den Informationspflichten gem. Art. 4 FARL also keineswegs. Allerdings ist bei lebensnaher Betrachtungsweise davon auszugehen, dass die meisten Warenanbieter im Internet die Möglichkeit des Vertragsschlusses nicht auf beruflich oder gewerblich handelnde Kunden beschränken. Vielmehr schließen sie Verträge gleichermaßen mit Verbrauchern wie mit Unternehmern ab. Sofern ein Warenanbieter vor diesem Hintergrund seinen Informationspflichten aus Art. 4 FARL nachkommen muss, wird er diese Pflichtangaben auf seiner kommerziellen Webseite allen Kunden gleichermaßen zur Verfügung stellen, so dass sie auch einem geschäftlich handelnden Kunden zugänglich sind. Die Erkennbarkeit der Niederlassung iSd. Art. 1 Abs. 2 CISG ist dann zu bejahen. Im Übrigen ist zu bedenken, dass die Informationspflichten gem. Art. 5 ECRL ihrerseits nicht auf Verträge mit Verbrauchern beschränkt sind.⁷⁰ Auch dies spricht dafür, dass die erforderlichen Angaben auf einer kommerziellen Webseite für alle Kunden gleichermaßen verfügbar sind.

⁶⁷ Vgl. zur Umsetzung des Art. 4 FARL im deutschen Recht durch § 312c BGB iVm. § 1 BGB-InfoV *Hoenicke/Hülsdunk*, MMR 2002, 415 (417f.); *Meub*, DB 2002, 359 (360); *Micklitz*, EuZW 2001, 133 (138f.).

⁶⁸ *Hoenicke/Hülsdunk*, MMR 2002, 415 (418); *Micklitz*, ZEuP 1999, 875 (882).

⁶⁹ Vgl. zur Umsetzung des Art. 5 ECRL im deutschen Recht durch § 6 TDG und § 312e BGB iVm. § 3 BGB-InfoV *Bröhl*, MMR 2001, 67 (70); *Härting*, DB 2001, 80 (81); *ders.*, CR 2001, 271 (274).

⁷⁰ *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, BB 2001, Beilage 10, S. 16.

Gegen den Hinweis auf die Anforderungen der Fernabsatz-Richtlinie und der E-Commerce-Richtlinie könnte allerdings im vorliegenden Kontext außerdem sprechen, dass es im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts gar nicht auf die nationalen Regelungen der EU-Mitgliedstaaten ankommen kann. Die Anwendung des UN-Kaufrechts führt ja gerade dazu, dass auf den Vertragsabschluss international vereinheitlichtes Recht, nämlich die Artt. 14-24 CISG Anwendung finden und nicht nationales Recht. Insofern erscheint es befremdlich, auf Informationspflichten hinzuweisen, die auf einer Richtlinie der EG beruhen und inzwischen Inhalt des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten sind. Zu beachten ist aber, dass ein Unternehmer, der sowohl mit Verbrauchern als auch mit Unternehmern Verträge abschließt, zumindest damit rechnen muss, dass er aufgrund des vom zuständigen Gericht angewendeten Kollisionsrechts dem vereinheitlichten Verbraucherschutzrecht eines EU-Mitgliedstaates unterliegt. Dies gilt um so mehr, als die Mitgliedstaaten in Art. 12 FARL verpflichtet wurden sicherzustellen, dass ein Verbraucher auch bei Geltung des Rechts eines Drittstaates den durch die FARL gewährten Schutz nicht verliert. Ein Warenanbieter im Internet muss also, sofern er die Ausrichtung seiner kommerziellen Webseite nicht auf Staaten außerhalb der EU beschränkt, zumindest immer auch mit dem Eingreifen der Vorschriften der FARL rechnen. Insofern muss ein sorgfältiger Warenanbieter im Internet den Informationspflichten gem. Art. 4 FARL schon aus diesem Grund nachkommen. Dass im Einzelfall stattdessen das UN-Kaufrecht einschlägig ist und die Informationspflichten insofern gar nicht zum Tragen kommen können, steht dieser Annahme nicht von vornherein entgegen.

Mit Blick auf die Anforderungen des Art. 4 FARL und des Art. 5 ECRL kann man also davon ausgehen, dass auf vielen kommerziellen Webseiten den Informationspflichten des vereinheitlichten europäischen Rechts genügt wird. Die Verpflichtung eines im Internet-Handel tätigen Diensteanbieters aus Art. 4 Abs. 1 lit. a FARL und aus Art. 5 Abs. 1 lit. a und b ECRL, dem Vertragspartner seine Identität und die Anschrift seiner Niederlassung vor Vertragsschluss mitzuteilen, kann folglich durchaus dazu beitragen, dass der Staat der Niederlassung iSd. Art. 1 Abs. 2 CISG auf einer kommerziellen Webseite tatsächlich erkennbar ist.

(3) Internet-Adresse der Webseite

Aufschluss könnte ferner die Internet-Adresse der betreffenden Webseite des Warenanbieters geben. Zu denken ist an eine nationale Top Level Domain als Hinweis darauf, dass sich die Niederlassung in dem betreffenden Staat befindet. Allerdings gelten hier die gleichen Einwände, die bereits für die Erkennbarkeit einer Niederlassung anhand einer Email-Adresse

gemacht wurden: Auch die Länderkennung in einer Internet-Adresse lässt keinen zwingenden Rückschluss darauf zu, dass sich in diesem Staat auch die Niederlassung des Warenanbieters befinden muss. Sie bezeichnet lediglich den Standort des Servers. Die Internet-Adresse trägt insofern nicht zur Erkennbarkeit des Ortes der Niederlassung bei.

c) Ergebnis

Nach alledem ist festzuhalten, dass die Erkennbarkeit der Niederlassung bei einem Vertragsabschluss im Internet nicht in jedem Fall gewährleistet ist. Insbesondere können anhand einer Email-Adresse oder Internet-Adresse keine Erkenntnisse über den Staat der Niederlassung gewonnen werden. Die Erkennbarkeit ist hingegen zu bejahen, sofern die Parteien Signaturen unter Angabe ihrer Geschäftsadresse verwenden. Auch der Umstand, dass die Fernabsatz-Richtlinie in Art. 4 Abs. 1 lit. a FARL und die E-Commerce-Richtlinie in Art. 5 Abs. 1 lit. a und b ECRL einem im Internet-Handel tätigen Unternehmer die Pflicht zur Angabe der Anschrift seiner Niederlassung auferlegen, kann zu einer Erkennbarkeit führen. Ob dies der Fall ist, hängt jedoch letztlich davon ab, ob der Warenanbieter diesen Informationspflichten überhaupt nachkommt.

Sofern sich die Tatsache, dass die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, nicht aus dem Vertrag, aus früheren Geschäftsbeziehungen oder aus Verhandlungen oder Auskünften ergibt, die vor oder bei Vertragsschluss zwischen den Parteien geführt oder von ihnen erteilt worden sind, ist das Übereinkommen gem. Art. 1 Abs. 2 CISG nicht anwendbar.

Hat eine Partei demgegenüber sogar mehr als eine Niederlassung, so ist gem. Art. 10 lit. a CISG diejenige Niederlassung maßgebend, die unter Berücksichtigung der vor oder bei Vertragsabschluss den Parteien bekannten oder von ihnen in Betracht gezogenen Umstände die engste Verbindung zu dem Vertrag oder zu seiner Erfüllung hat. Hier stellt sich dann allerdings erneut das Problem der Erkennbarkeit.

3. Räumlicher Anwendungsbereich: Vertragsstaatenbezug des Kaufvertrages

Schließlich muss das CISG räumlich anwendbar sein. Der Warenkaufvertrag muss insofern einen Vertragsstaatenbezug aufweisen. Dies machen die beiden Alternativen des Art. 1 Abs. 1 lit. a und lit. b CISG deutlich. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG findet das CISG dann Anwendung, wenn die beiden Staaten, in denen die Parteien ihre Niederlassungen haben, Vertragsstaaten des Übereinkommens sind. Ist dies nicht der Fall, kommt das CISG gem. Art. 1

Abs. 1 lit. b CISG nur zur Geltung, wenn die Regeln des IPR zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führen.

a) Verschiedene Vertragsstaaten gem. Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG

Das Vorliegen zweier Vertragsstaaten iSd. Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG kann unproblematisch festgestellt werden. Auf eine Kenntnis der Parteien kommt es insoweit nicht an.⁷¹

Bei der Prüfung dieser Voraussetzung ist lediglich auf die Besonderheiten des Art. 92 CISG und des Art. 94 CISG Acht zu geben. Gem. Art. 92 Abs. 1 CISG kann ein Vertragsstaat des UN-Übereinkommens erklären, dass Teil II oder Teil III des Übereinkommens für ihn nicht verbindlich sei. Von dieser Möglichkeit haben die skandinavischen Staaten Dänemark, Finnland, Norwegen und Schweden Gebrauch gemacht: Sie haben erklärt, dass Teil II des UN-Kaufrechts, der den Abschluss von Verträgen regelt, für sie nicht verbindlich sei.⁷² Gem. Art. 92 Abs. 2 CISG sind diese Staaten hinsichtlich solcher Gegenstände, die durch den betreffenden Teil des UN-Übereinkommens geregelt werden, daher nicht als Vertragsstaaten iSd. Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG anzusehen. Haben zum Beispiel die beiden Vertragsparteien ihre Niederlassungen in Deutschland und in Schweden, so unterliegt der Abschluss eines Warenkaufvertrages gem. Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG wegen des von Dänemark erklärten Vorbehaltes nach Art. 92 CISG nicht den Regeln des UN-Kaufrechts. Allenfalls über Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG können die Regeln in Teil II des CISG doch noch zur Anwendung gelangen, sofern die Regeln des internationalen Privatrechts etwa zur Anwendung des deutschen Rechts führen.⁷³

Gem. Art. 94 Abs. 1 CISG können zwei oder mehr Vertragsstaaten, welche gleiche oder einander sehr nahekommende Vorschriften für Gegenstände haben, die in diesem Übereinkommen geregelt werden, erklären, dass das Übereinkommen auf Kaufverträge und ihren Abschluss keine Anwendung findet, wenn die Parteien ihre Niederlassung in diesen Staaten haben. Hiervon haben wiederum die skandinavischen Staaten Dänemark, Finnland, Norwegen und Schweden Gebrauch gemacht, die ihr Kaufrecht regional vereinheitlicht haben.⁷⁴ Das Übereinkommen findet also keine Anwendung auf Warenkaufverträge zwischen zwei Parteien, die in zweien dieser Staaten ihre Niederlassungen haben.⁷⁵ Für einen Kaufvertrag, an dem eine Partei mit Niederlassung in Deutschland beteiligt ist, ist dieser Vorbehalt zwar derzeit ohne Belang. Jedoch könnte er zumindest dann, wenn die Mitgliedstaaten der Europäischen Union

⁷¹ *Achilles*, Art. 2 Rn. 8.

⁷² Vgl. *Goecke*, MDR 2000, 63 (64); *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 87.

⁷³ Vgl. *Staudinger-Magnus*, Art. 92 CISG Rn. 5; *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 92 Rn. 3.

⁷⁴ Vgl. *Staudinger-Magnus*, Art. 1 CISG Rn. 89.

⁷⁵ Zu denken ist ferner an Art. 94 Abs. 2 CISG, wonach dies auch im Verhältnis zu Island gilt.

tatsächlich ein vereinheitlichtes Europäisches Vertragsrecht einführen sollten, auch für die EU-Staaten eine sinnvolle Option sein. Die weitere Entwicklung sowohl der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in den EU-Staaten als auch seiner möglichen Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des CISG bleibt aber vorerst abzuwarten.

**b) Anknüpfung des Rechts eines Vertragsstaates anhand nationalen Kollisionsrechts
gem. Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG**

Befinden sich die Niederlassungen der Parteien nicht in zwei Vertragsstaaten, verlangt Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG für eine Anwendung des CISG, dass die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führen. Das bedeutet, dass das zuständige Gericht anhand seiner nationalen Kollisionsnormen das auf den Vertrag anwendbare Recht bestimmt. So müsste etwa ein deutsches Gericht, nachdem es die Voraussetzung des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG verneint hat, das auf den Vertrag anwendbare Recht anhand der Artt. 27 ff. EGBGB bestimmen. Diese Konstellation ist etwa dann denkbar, wenn der Vertrag zwischen zwei Parteien abgeschlossen wird, die ihre Niederlassungen in Japan und in England haben, da weder Japan noch das Vereinigte Königreich ein Vertragsstaat des CISG ist. Aber auch dann, wenn der Vertrag zwischen zwei Parteien erfolgt, die ihre Niederlassungen in Deutschland und in England haben, ist – mangels Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG in Bezug auf England – Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG einschlägig. Führt dann die Prüfung der Artt. 27, 28 EGBGB durch ein deutsches Gericht in Anbetracht der besonderen Umstände des Einzelfalles zur Anwendung deutschen Rechts, so ist das CISG auch auf diesem Umweg auf den Vertrag anwendbar.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang auf Art. 95 CISG hinzuweisen. Gem. Art. 95 CISG kann jeder Vertragsstaat erklären, dass Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG für ihn nicht verbindlich sei. Diesen Vorbehalt haben etwa die Vereinigten Staaten gemacht.⁷⁶ Deutsche Gerichte haben einen solchen Vorbehalt seitens eines anderen Vertragsstaates auch zu respektieren: Die Bundesrepublik Deutschland hat nämlich ihrerseits erklärt, dass sie sich nicht verpflichte, die Bestimmungen des CISG anzuwenden, wenn die Regeln des IPR zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen, der den Vorbehalt nach Art. 95 CISG erklärt hat. Das ergibt sich aus Art. 2 des Vertragsgesetzes zum UN-Übereinkommen.⁷⁷ Führt die Prüfung der Artt. 27, 28 EGBGB zur Anwendung des US-amerikanischen Rechts, so ist auf den Vertrag

⁷⁶ Vgl. Staudinger-*Magnus*, Art. 95 CISG Rn. 4.

⁷⁷ BGBl. 1989 II, S. 586. Vgl. ferner *Schlechtriem*, IPRax 1990, 277 (278).

also nicht das international vereinheitlichte UN-Kaufrecht anwendbar, sondern nur das nationale amerikanische Recht.

4. Regelungsumfang des UN-Kaufrechts

Sind alle Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 1 CISG erfüllt, so findet das UN-Kaufrecht Anwendung. Zu beachten ist aber, dass das UN-Kaufrecht nicht alle rechtlichen Aspekte eines internationalen Warenkaufvertrages regelt. Gem. Art. 4 Satz 1 CISG regelt das Übereinkommen ausschließlich den Abschluss des Kaufvertrages und die aus ihm erwachsenden Rechte und Pflichten des Verkäufers und des Käufers. Insbesondere die materielle Gültigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen sowie die sachenrechtlichen Auswirkungen des Vertrages auf die verkaufte Ware sind demgegenüber gem. Art. 4 Satz 2 CISG vom Regelungsbereich des CISG ausgeschlossen. Auf diese und alle sonstigen unregulierten Bereiche ist das unvereinheitlichte nationale Recht anzuwenden, das anhand der kollisionsrechtlichen Normen des Forumstaates an den Vertrag anzuknüpfen ist.⁷⁸ Nach deutschem Kollisionsrecht kommen in diesem Rahmen die Vorschriften des EGBGB zur Anwendung.

Selbst dann, wenn die Voraussetzungen des Art. 1 CISG erfüllt sind, kann die Anwendung des UN-Übereinkommens aber gem. Art. 6 CISG dann scheitern, wenn die Parteien die Anwendung des Übereinkommens ausgeschlossen haben. Diese Möglichkeit muss daher im Folgenden näher erörtert werden.

II. Ausschluss des UN-Kaufrechts durch die Parteien gem. Art. 6 CISG

Gem. Art. 6 CISG können die Parteien die Anwendung des UN-Übereinkommens ausschließen. Die in Art. 6 CISG gewählte Formulierung „die Parteien“ macht deutlich, dass dieser Ausschluss nicht einseitig durch eine Partei, sondern nur einvernehmlich durch eine kollisionsrechtliche Vereinbarung zwischen beiden Parteien erfolgen kann.⁷⁹ Das wirksame Zustandekommen dieser Vereinbarung beurteilt sich dabei nach den autonomen Maßstäben des Übereinkommens, d.h. nach den Regeln über den Vertragsschluss in den Artt. 14-24 CISG.⁸⁰

⁷⁸ Staudinger-Magnus, Art. 4 CISG Rn. 5; Soergel-Lüderitz/Fenge, Art. 4 CISG Rn. 2.

⁷⁹ Soergel-Lüderitz/Fenge, Art. 6 CISG Rn. 1; Staudinger-Magnus, Art. 6 CISG Rn. 2.

⁸⁰ Bianca/Bonell-Bonell, Art. 6 Anm. 2.2, 2.4; Herber/Czerwenka, Art. 6 Rn. 4; Soergel-Lüderitz/Fenge, Art. 6 CISG Rn. 1; Staudinger-Magnus, Art. 6 CISG Rn. 10.

Im Folgenden ist daher anhand der Artt. 14 ff. CISG zu prüfen, unter welchen Umständen ein wirksamer Ausschluss des CISG im Rahmen eines elektronischen Vertragsschlusses erfolgen kann.

1. Übereinstimmende Willenserklärungen

Artt. 14-24 CISG regeln den Abschluss des Vertrages und folgen dabei dem weltweit überwiegend herrschenden herkömmlichen Vertragsschlussmodell: Der Vertrag kommt durch Angebot und Annahme zustande.⁸¹ Die Parteien müssen also eine Einigung aufgrund übereinstimmender Willenserklärungen erzielen, die ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden können.⁸² Diese Willenserklärungen sind, sofern nicht ein Vorbehalt iSd. Art. 12 iVm. Art. 96 CISG zu berücksichtigen ist, gem. Art. 11 Satz 1 CISG an keine Form gebunden. Die Möglichkeit, einen Ausschluss des CISG iSd. Art. 6 CISG vorzunehmen, besteht somit grundsätzlich auch dann, wenn die Parteien elektronische Willenserklärungen via Internet austauschen. Ein Schriftformerfordernis, das einem elektronischen Vertragsschluss entgegenstehen könnte, muss insoweit nicht berücksichtigt werden.

a) Wirksames Angebot

Das Angebot muss inhaltlich klar erkennen lassen, dass ein Ausschluss des UN-Kaufrechts gewollt ist. Insoweit ergeben sich keine Probleme. Im Hinblick auf Vertragsabschlüsse im Internet ist jedoch zu klären, wann ein Angebot, das auf elektronischem Wege abgegeben und übermittelt wird, wirksam wird. Dies richtet sich nach Art. 15 Abs. 1 CISG: Ein Angebot wird wirksam, sobald es dem Empfänger zugeht. Der Begriff des Zugangs ist in Art. 24 CISG definiert: Eine Erklärung geht dem Empfänger zu, wenn sie ihm entweder mündlich gemacht wird oder wenn sie auf anderem Wege ihm persönlich, an seiner Niederlassung oder Postanschrift oder, wenn diese fehlen, an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort zugestellt wird. Es fragt sich, ob diese Voraussetzungen auch bei einem Vertragsabschluss via Internet erfüllt sein können.

Die elektronische Willenserklärung ist keine mündliche Erklärung und muss insofern „auf anderem Wege“ an den Empfänger zugestellt werden. Gem. Art. 24 CISG muss die Zustellung dabei an der Niederlassung oder Postanschrift des Empfängers oder in Ermangelung derselben an seinem Aufenthaltsort erfolgen. Diese Voraussetzungen machen deutlich, dass die

⁸¹ *Teklote*, S. 110; *Schlechtriem*, JZ 1988, 1037 (1040); *Schwenzer*, NJW 1990, 602 (604).

⁸² *Staudinger-Magnus*, Vorbem zu Artt. 14 ff. CISG Rn. 2.

Erklärung letztlich derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein muss, dass er bei normalem Lauf der Dinge von ihr Kenntnis nehmen kann.⁸³ Auf die tatsächliche Kenntnisnahme kommt es hingegen dem Wortlaut der Vorschrift zufolge nicht an.⁸⁴ Art. 24 CISG stellt also Voraussetzungen auf, die denen des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB im deutschen Recht sehr ähnlich sind.⁸⁵ Einigkeit besteht im Schrifttum etwa darin, dass der Einwurf eines Schreibens in den Briefkasten oder in das Postfach des Empfängers den Anforderungen des Art. 24 CISG genügt.⁸⁶ Nach alledem sind für die Voraussetzungen des Zugangs einer elektronischen Willenserklärung im vereinheitlichten UN-Kaufrecht gem. Art. 24 CISG im Ergebnis die gleichen Grundsätze anzuwenden wie im unvereinheitlichten deutschen Recht im Rahmen des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁸⁷

Im Hinblick auf elektronische Willenserklärungen ist insoweit zu differenzieren: Eine Willenserklärung via Email ist dann in den Machtbereich des Empfängers gelangt und demnach zugestellt iSd. Art. 24 CISG, wenn sie im Email-Postfach des Empfängers für ihn abrufbar bereitgehalten wird.⁸⁸ Eine Erklärung, die in einem Bestellformular online übermittelt wird, ist hingegen dann zugestellt, wenn sie die Empfangsvorrichtung des Empfängers an der internen Schnittstelle passiert hat. Auch unter Geltung des UN-Kaufrechts bestehen an dem Zugang einer elektronischen Willenserklärung also keine Bedenken.

b) Annahme

Der Verhandlungspartner muss das Angebot auf Ausschluss des UN-Kaufrechts annehmen. Die Annahme kann gem. Art. 18 Abs. 1 Satz 1 CISG entweder durch eine ausdrückliche Erklärung oder durch ein sonstiges Verhalten erfolgen, sofern Letzteres eine Zustimmung zum Angebot ausdrückt. Durch bloßes Schwiegen oder Untätigkeit kann eine Annahme jedoch nicht erfolgen, wie Art. 18 Abs. 1 Satz 2 CISG klarstellt. Ausreichend für eine konkludente Annahme ist gem. Art. 18 Abs. 3 CISG etwa die Absendung der Ware oder die Zahlung des Kaufpreises. Sofern das Angebot der anderen Partei die Geltung von AGB zum Inhalt hat-

⁸³ *Achilles*, Art. 24 Rn. 4; *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 24 CISG Rn. 4; *Staudinger-Magnus*, Art. 24 CISG Rn. 15; *Neumayer*, RIW 1994, 99 (104). Dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme eine Zugangsvoraussetzung ist, wird allerdings bezweifelt von *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 24 Rn. 13.

⁸⁴ *Bianca/Bonell-Farnsworth*, Art. 24 Anm. 2.4; *Staudinger-Magnus*, Art. 24 CISG Rn. 15; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 24 Rn. 12.

⁸⁵ *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 18 CISG Rn. 4; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 24 Rn. 12.

⁸⁶ *Achilles*, Art. 24 Rn. 4; *Bianca/Bonell-Farnsworth*, Art. 24 Anm. 2.4; *Staudinger-Magnus*, Art. 24 CISG Rn. 16; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 24 Rn. 12.

⁸⁷ Vgl. dazu unten Abschnitt C II 1a aa (1) im 2. Teil dieser Arbeit.

⁸⁸ Ebenso *Achilles*, Art. 24 Rn. 4; *Staudinger-Magnus*, Art. 24 CISG Rn. 16; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 24 Rn. 12.

te, bezieht sich die Annahme ebenfalls auf deren Einbeziehung, sofern der Annehmende insoweit keine Einschränkungen vornimmt.

Auch die Annahme wird gem. Art. 18 Abs. 2 Satz 1 CISG mit Zugang wirksam. Hier gelten also die gleichen Anforderungen des Art. 24 CISG, die bereits im Rahmen der Wirksamkeit des Angebots entwickelt wurden.⁸⁹ Art. 24 CISG erteilt demnach eine Absage an die im anglo-amerikanischen Recht geltende „Mailbox rule“⁹⁰, wonach eine Annahmeerklärung bereits dann wirksam wird, wenn sie vom Annehmenden auf den Weg gebracht wird, indem sie etwa in einen öffentlichen Briefkasten der Post („mailbox“) eingeworfen oder aber einer anderen vom Anbieter autorisierten Übermittlungsperson für die weitere Beförderung übergeben wird.⁹¹

Die Vereinbarung eines ausdrücklichen Ausschlusses des CISG durch elektronische Willenserklärungen der Parteien bereitet nach alledem keine Schwierigkeiten.

c) Besonderheiten bei stillschweigendem Ausschluss

Besondere Anforderungen sind jedoch an einen stillschweigenden Ausschluss zu stellen. Sie sollen der Vollständigkeit halber hier kurze Erwähnung finden. Ein stillschweigender Ausschluss darf nur bei einem hinreichend deutlichen Parteiwillen angenommen werden.⁹² Als ein Indiz gilt etwa die Wahl des materiellen Rechts eines Nichtvertragsstaats.⁹³ Auch die Vereinbarung eines Gerichtsstandes⁹⁴ oder eines Schiedsortes⁹⁵ in einem Nichtvertragsstaat ist ein Indiz für eine konkludente Rechtswahl, sofern aus dieser Wahl darauf geschlossen werden kann, dass die Parteien auch das materielle Recht des betreffenden Staates zur Anwendung berufen wollen. Wird eine Rechtswahl zugunsten des Recht eines Vertragsstaates vorgenommen, ist der Rechtswahl hingegen nicht der Ausschluss des CISG zu entnehmen, da das UN-Übereinkommen ein Bestandteil des nationalen Rechts des Vertragsstaates ist.⁹⁶ Sofern die

⁸⁹ Vgl. Abschnitt B II 1a im 2. Teil dieser Arbeit.

⁹⁰ Soergel-Lüderitz/Fenge, Art. 18 CISG Rn. 4.

⁹¹ Vgl. zur „Mailbox rule“ die grundlegende Entscheidung aus der englischen Rechtsprechung: *Adams v Lindsell* [1818] 1 B & Ald 681; ferner *McKendrick*, Kapitel 3.12; *Lubitz*, K&R 2001, 96 (98f.); *v. Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, § 3 III 3; *Wildemann*, CRi 2000, 109 (111).

⁹² Soergel-Lüderitz/Fenge, Art. 6 CISG Rn. 1; *Staudinger-Magnus*, Art. 6 CISG Rn. 20.

⁹³ *Bianca/Bonell-Bonell*, Art. 6 Anm. 2.3.2; *Holthausen*, RIW 1989, 513 (515); *Staudinger-Magnus*, Art. 6 CISG Rn. 23.

⁹⁴ *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 6 Rn. 31; *Holthausen*, RIW 1989, 513 (518); *Staudinger-Magnus*, Art. 6 CISG Rn. 36; *Reithmann/Martiny-Martiny*, Rn. 734.

⁹⁵ *Holthausen*, RIW 1989, 513 (518); *Staudinger-Magnus*, Art. 6 CISG Rn. 37; *Reithmann/Martiny-Martiny*, Rn. 734. Anderer Ansicht *Sandrock*, RIW 1992, 785 (787f.).

⁹⁶ OLG Düsseldorf, IPRax 1993, 412 (413); *Bianca/Bonell-Bonell*, Art. 6 Anm. 2.3.3; *Schlechtriem/Schwenzer-Ferrari*, Art. 6 Rn. 22; *Lando*, *RabelsZ* 51 (1987), 60 (84); *Staudinger-Lüderitz/Fenge*, Art. 6 CISG Rn. 24. Für das EKG ebenso BGHZ 96, 313 (316). Vertiefend *Lohmann*, S. 353-368.

Parteien etwa in einer Rechtswahl festlegen: „Es gilt das deutsche Recht.“, beinhaltet diese Formulierung keinen Ausschluss des UN-Kaufrechts. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn ausdrücklich nur das „interne“, d.h. das unvereinheitlichte nationale Recht berufen wird.⁹⁷

Die Verhandlungs- und Vertragssprache oder die im Vertrag vereinbarte Währung eines Nichtvertragsstaates stellen keine hinreichenden Indizien für einen Ausschluss des CISG dar.⁹⁸ Auch der Umstand, dass die Parteien sich keinerlei Gedanken über die Anwendbarkeit des Übereinkommens gemacht haben oder dass sie von dessen Existenz keine Kenntnis hatten, bedeutet keinen stillschweigenden Ausschluss des CISG, da in beiden Fällen überhaupt keine Willensbildung erfolgt ist.⁹⁹

Entscheidend für einen stillschweigenden Ausschluss des UN-Kaufrechts sind nach alledem die Umstände des Einzelfalles. Der Umstand, dass ein Vertrag via Internet abgeschlossen wurde, kommt dabei allerdings nicht in besonderer Weise zum Tragen.

2. Ausschlussklausel in AGB

Vielfach erfolgt ein Ausschluss des CISG auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die eine Partei der anderen stellt. Dabei ist zum einen der Fall denkbar, dass eine AGB-Klausel den Ausschluss des CISG explizit benennt. Zum anderen ist möglich, dass es sich um eine Rechtswahlklausel zugunsten des Rechts eines Nichtvertragsstaates handelt, was einen konkludenten Ausschluss des CISG beinhalten kann.¹⁰⁰

Genauerer Untersuchung bedarf insofern die Frage, welche Anforderungen an die wirksame Einbeziehung einer solchen AGB-Klausel zu stellen sind. Anschließend ist zu klären, welche Rechtsanwendungsprobleme sich ergeben, wenn jene Anforderungen auf einen Vertragsschluss im Internet angewendet werden.

a) Anforderung an eine wirksame Einbeziehung

Für die Einbeziehung von AGB enthält das CISG keine besonderen Vorschriften. Zu klären ist also zuallererst, anhand welcher Vorschriften die Prüfung zu erfolgen hat, ob AGB wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind. Die Frage nach der wirksamen Einbezie-

⁹⁷ Soergel-Lüderitz/Fenge, Art. 6 CISG Rn. 2; Staudinger-Magnus, Art. 6 CISG Rn. 30.

⁹⁸ Staudinger-Magnus, Art. 6 CISG Rn. 47.

⁹⁹ Staudinger-Magnus, Art. 6 CISG Rn. 47. Zum EKG auch BGHZ 96, 313 (319); 74, 193 (196f.); OLG Hamburg, RIW 1981, 262 (263).

¹⁰⁰ Vgl. Abschnitt B II 1c im 2. Teil dieser Arbeit.

hung von AGB in einen Warenkaufvertrag ist ein Problem des Vertragsschlusses. Auf den Vertragsschluss selbst sind gem. Art. 4 Satz 1 CISG die Regelungen des Übereinkommens anzuwenden. Auf die Einbeziehung von AGB finden demnach die allgemeinen Vorschriften über den Vertragsabschluss gem. Artt. 14 ff. CISG Anwendung.¹⁰¹ Ein Rückgriff auf nationales Recht erfolgt nicht.¹⁰² Dies gilt nach herrschender Meinung auch dann, wenn die AGB einen Ausschluss des Übereinkommens selbst zum Gegenstand haben: Da das Übereinkommen seinen Anwendungsbereich autonom bestimmt, ist auch sein Ausschluss anhand der darin genannten Voraussetzungen zu beurteilen.¹⁰³

Der Vertragsabschluss gem. Artt. 14 ff. CISG legt das herkömmliche Vertragsschlussmodell einander entsprechender Willenserklärungen zugrunde, dem zufolge ein Vertrag nur durch die uneingeschränkte Annahme eines vorausgegangenen Angebots zustande kommt.

aa) Hinweis auf die AGB

Die wirksame Einbeziehung einer Rechtswahlklausel setzt voraus, dass eine Einigung der Parteien iSd. Artt. 14 ff. CISG erfolgt ist. Die vertragliche Einigung muss sich also auch auf die Einbeziehung der AGB erstrecken. Zu prüfen ist insofern, ob das Vertragsangebot auch die Einbeziehung der AGB beinhaltet. Für die Auslegung der Erklärung ist dabei Art. 8 CISG maßgeblich.¹⁰⁴ Entscheidend ist, ob der Wille des Erklärenden, seine AGB in den Vertrag einzubeziehen, für den Erklärungsempfänger erkennbar war oder sein musste. Als Maßstab für die Erkennbarkeit ist gem. Art. 8 Abs. 2 CISG zu fragen, wie eine vernünftige Person der gleichen Art wie die andere Partei die Erklärung unter den gleichen Umständen aufgefasst hätte. Für diese Betrachtung sind gem. Art. 8 Abs. 3 CISG alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen, insbesondere die Verhandlungen zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Gebräuche und das spätere Verhalten der Parteien.

Der Wille des Verwenders, seine AGB in den Vertrag einzubeziehen, wird nur deutlich, sofern sein Vertragsangebot einen ausdrücklichen Hinweis auf seine AGB enthält.¹⁰⁵ Andernfalls kann ein vernünftiger Durchschnittsempfänger nicht erkennen, dass eine Einbeziehung

¹⁰¹ BGH RIW 2002, 144 (145); *Goecke*, MDR 2000, 63 (66); *Hennemann*, S. 62-66; *Herber/Czerwenka*, Art. 14 Rn. 11; *Honsell-Schnyder/Straub*, Art. 14 Rn. 55; *Holthausen*, RIW 1989, 513 (517); *Staudinger-Magnus*, Art. 14 CISG Rn. 40; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 3 Rn. 75; *Schmidt-Kessel*, NJW 2002, 3444 (3445); *Teklote*, S. 110.

¹⁰² *Staudinger-Magnus*, Art. 14 CISG Rn. 40; *Schmidt-Kessel*, NJW 2002, 3444 (3445).

¹⁰³ *Czerwenka*, S. 169; *Herber/Czerwenka*, Art. 6 Rn. 8; *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 6 CISG Rn. 1; *Staudinger-Magnus*, Art. 6 CISG Rn. 11.

¹⁰⁴ BGH RIW 2002, 144 (145); *Staudinger-Magnus*, Art. 14 CISG Rn. 41; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 14 Rn. 16.

¹⁰⁵ *Staudinger-Magnus*, Art. 14 CISG Rn. 41; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 14 Rn. 16.

von AGB nach dem Willen des anderen Vertragsteils erfolgen soll. Etwas anderes mag dann gelten, wenn es sich um eine ständige Geschäftsverbindung handelt. Dann lässt sich möglicherweise aus den bisherigen Gepflogenheiten der Parteien iSd. Art. 8 Abs. 3 iVm. Art. 9 Abs. 2 CISG ableiten, dass die AGB Teil des Vertragsangebots sein sollen, auch wenn kein ausdrücklicher Hinweis mehr erfolgt ist.¹⁰⁶

Bei einem Warenkaufvertrag, der im Internet abgeschlossen wird, ist es dem Verwender der AGB ohne weiteres möglich, auf seine AGB ausdrücklich hinzuweisen. Sowohl bei Vertragsverhandlungen per Email als auch bei einem Bestellformular auf einer Webseite kann dieser Hinweis erfolgen. Bei Verwendung eines Bestellformulars ist lediglich darauf zu achten, dass der Hinweis deutlich sichtbar platziert wird. Andernfalls ist die Erkennbarkeit des Parteiwillens nicht gegeben. Im Hinblick auf den Ablauf des Bestellvorgangs ist ferner darauf zu achten, dass der Hinweis auf die AGB jenem endgültigen Mausklick, mit welchem die für den Vertragsabschluss erforderliche Willenserklärung abgegeben wird, vorgeschaltet ist. Wird er hingegen erst nach Übermittlung des Angebotes angezeigt, sind die AGB nicht Teil des Angebotes auf Abschluss des Warenkaufvertrages. Zwar können AGB auch nach Vertragsabschluss noch wirksam einbezogen werden.¹⁰⁷ Dies bedarf dann jedoch einer ergänzenden Parteivereinbarung, die von dem Angebot auf Abschluss eines Warenkaufvertrages und der diesbezüglichen Annahme losgelöst zu erfolgen hat.¹⁰⁸

bb) Möglichkeit der Kenntnisnahme

Ist der Hinweis auf die AGB erfolgt, so ist eine Einigung der Parteien nur dann denkbar, wenn sich auch der Erklärungsempfänger zunächst einmal einen Willen hinsichtlich der Einbeziehung der AGB bilden kann. Insofern ist es erforderlich, dass er die Möglichkeit hat, in zumutbarer Weise von den AGB Kenntnis zu nehmen.¹⁰⁹ Hierüber besteht weitestgehend Einigkeit.¹¹⁰ Umstritten ist allerdings, welche Anforderungen an die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme zu stellen sind. Darüber gilt es Klarheit zu schaffen.

¹⁰⁶ *Holthausen*, RIW 1989, 513 (517).

¹⁰⁷ *Hennemann*, S. 71.

¹⁰⁸ Vgl. dazu näher *Hennemann*, S. 71.

¹⁰⁹ BGH RIW 2002, 144 (146); *Hennemann*, S. 71; *Holthausen*, RIW 1989, 513 (517); *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 14 CISG Rn. 10; *Staudinger-Magnus*, Art. 14 CISG Rn. 41; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 14 Rn. 16.

¹¹⁰ Allerdings sehen *Achilles* und *Schnyder/Straub* die Frage nach der Möglichkeit einer inhaltlichen Kenntnisnahme der AGB als ein Problem, das den Zugang des Angebots iSd. Art. 24 CISG betrifft; vgl. *Achilles*, Art. 24 Rn. 7; *Honsell-Schnyder/Straub*, Art. 14 Rn. 57.

(1) Übersendungspflicht

Kontrovers diskutiert wird vor allem die Frage, ob der Verwender der AGB grundsätzlich verpflichtet ist, seinem Angebot den vollständigen AGB-Text beizufügen. Dies wird von der herrschenden Meinung im Schrifttum bejaht.¹¹¹ Eine andere Auffassung besagt hingegen, dass es – ebenso wie im unvereinheitlichten deutschen Recht – ausreichend sei, wenn die andere Partei die Möglichkeit hat, sich aus eigenem Antrieb den Text der AGB zu beschaffen, indem sie etwa ihrerseits beim Verwender nachfragt und die AGB anfordert.¹¹² Vor kurzem hat sich schließlich der BGH zu dieser Frage geäußert: Er hat im Sinne der herrschenden Meinung in der Literatur entschieden, dass es für eine wirksame Einbeziehung von AGB erforderlich ist, dass der Verwender der AGB dem Erklärungsgegner deren Text übersendet oder anderweitig zugänglich macht.¹¹³ Eine Stellungnahme in dieser Frage erscheint geboten.

Fraglich ist, ob die vom BGH und von der herrschenden Lehre aufgestellten Voraussetzungen nicht möglicherweise zu streng sind.

(a) Vergleich mit der Einbeziehungskontrolle im deutschen Recht

Auffallend ist, dass die Anforderungen, die der BGH an die Einbeziehung von AGB bei einem internationalen Warenkaufvertrag stellt, höher sind als im internen deutschen Recht.¹¹⁴ Im internen deutschen Recht ist bei einem Vertragsabschluss zwischen Unternehmern die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme bereits dann gegeben, wenn die Partei, der die AGB gestellt werden, diese vom Anbieter anfordern kann.¹¹⁵ In Anbetracht dessen muss man fragen, ob es sachgerecht sein kann, die Voraussetzungen an die Einbeziehung von AGB im internationalen Geschäftsverkehr gegenüber dem internen Recht zu verschärfen.

Die Bestimmung der Voraussetzungen für die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme im Anwendungsbereich des CISG kann jedoch aus zweierlei Gründen nicht am deutschen Recht gemessen werden. Zum einen ist bei der Auslegung des Übereinkommens gem. Art. 7 Abs. 1 CISG seinem internationalen Charakter Rechnung zu tragen und seine einheitliche Anwendung zu fördern. Insofern können die Anforderungen der nationalen Rechtsordnung des Forumstaates bei Anwendung und Auslegung des CISG durch ein nationales Gericht

¹¹¹ Hennemann, S. 74; Holthausen, RIW 1989, 513 (517), dort unter VI 3 b; Magnus, ZEuP 2002, 523 (532); Piltz, Internationales Kaufrecht, § 3 Rn. 77; ders., NJW 1996, 2768 (2770f.); Teklote, S. 113.

¹¹² So im Ergebnis Schmidt-Kessel, der insoweit auf BGHZ 117, 190 (198) verweist: NJW 2002, 3444 (3445), dort Fn. 9.

¹¹³ BGH RIW 2002, 144 (146); ebenso auch der österreichische OGH: OGH Wien, RdW 1996, 203 (204).

¹¹⁴ Darauf weist auch Schmidt-Kessel hin: NJW 2002, 3444 (3445).

¹¹⁵ BGHZ 117, 190 (198); BGH NJW 1982, 1749 (1750).

grundsätzlich keine Beachtung finden.¹¹⁶ Selbst ein Rückgriff auf das auf den Vertrag anwendbare nationale Recht, das anhand des Kollisionsrechts zu bestimmen ist, ist nur als *ultima ratio*¹¹⁷ in den engen Grenzen des Art. 7 Abs. 2 Alt. 2 CISG gestattet.

Dass die Heranziehung nationaler Regelungen nicht für eine einheitliche Anwendung und Auslegung des CISG tauglich ist, macht des Weiteren folgende Überlegung deutlich: Dem Kritikpunkt, dass die Voraussetzungen des CISG strenger sind als die des nationalen Rechts, wird bereits dann die Grundlage entzogen, wenn man eine andere nationale Rechtsordnung als Vergleichsmaßstab heranzieht. Würde man etwa das unvereinlichte französische Recht betrachten, um daraus Rückschlüsse für die Anwendung und Auslegung des CISG zu ziehen, könnte sich das Problem, dass das CISG strengere Anforderungen enthält als nationales Recht, gar nicht stellen. Denn das interne französische Recht verlangt – anders als das deutsche Recht – bei der Einbeziehung von AGB ebenfalls eine Möglichkeit der Kenntnisnahme durch Übergabe der AGB.¹¹⁸ Nationale Rechtsordnungen können also schon deswegen nicht für die Entwicklung der Einbeziehungskontrolle des CISG herangezogen werden, weil sie ihrerseits völlig unterschiedliche Voraussetzungen an die Einbeziehung von AGB stellen. Bereits aus diesem Grund geht eine Kritik an der deutschen Rechtsprechung fehl.

Der Vergleich mit der Einbeziehungskontrolle nach deutschem Recht verbietet sich aber noch aus einem zweiten Grund. Die Grundkonstellation bei der Einbeziehung von AGB in den Kaufvertrag im internationalen Handel ist eine gänzlich andere, als wenn zwei deutsche Unternehmer einen Vertrag unter Einbeziehung von AGB abschließen. Der Unterschied besteht darin, dass deutsche Vertragsparteien als Teilnehmer im deutschen Geschäftsverkehr vielfach bereits eine gewisse Vorstellung vom Inhalt der AGB haben. Anhand der deutschen Vorschriften zur Inhaltskontrolle von AGB gem. §§ 307 ff. BGB und der gefestigten deutschen Rechtsprechung können sie sich ein Bild davon machen, wie AGB ausgestaltet sind, die nach deutschem Recht Wirksamkeit beanspruchen.¹¹⁹ Diese Situation ist bei einem internationalen Kaufvertrag aber gerade nicht gegeben. Die AGB eines ausländischen Verwenders haben aufgrund seines völlig anderen rechtlichen Umfelds oftmals einen gänzlich unbekanntem und auch unkalkulierbaren Inhalt. Dies liegt insbesondere daran, dass nicht alle nationalen Rechtsordnungen neben der Einbeziehungskontrolle eine Inhaltskontrolle vorsehen.¹²⁰ Möglich ist auch, dass eine solche zwar besteht, aber dennoch ein ganz anderes

¹¹⁶ *Achilles*, Art. 7 Rn. 3; *Staudinger-Magnus*, Art. 7 CISG Rn. 12.

¹¹⁷ *Staudinger-Magnus*, Art. 7 CISG Rn. 58.

¹¹⁸ Vgl. dazu näher *Hennemann*, S. 54; *Sonnenberger*, *Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, S. 55.

¹¹⁹ Ebenso *Hennemann*, S. 74; *Teklote*, S. 114.

¹²⁰ *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 14 CISG Rn. 10.

Schutzniveau aufweist als die dem Verhandlungspartner bekannte Rechtsordnung.¹²¹ Ferner ist zu beachten, dass nur einige wenige Gerichtsentscheidungen zur Einbeziehung von AGB unter Geltung des UN-Kaufrechts existieren, so dass die Parteien nicht auf eine gefestigte Rechtsprechung als Orientierungshilfe zurückgreifen können.¹²² Insofern kann ein Verhandlungspartner im internationalen Geschäftsverkehr nur schwer einschätzen, wie die AGB der anderen Partei ausgestaltet sein können. Auch die Regeln des CISG selbst helfen hier nicht weiter. Zwar ist die Einbeziehung der AGB in den Warenkaufvertrag nach den Vorschriften des CISG zu beurteilen, eine Gültigkeitskontrolle nach vereinheitlichtem Recht findet jedoch gem. Art. 4 Satz 2 lit. a CISG gerade nicht statt. Diese ist vielmehr erst anhand des nationalen Rechts vorzunehmen, das an den Vertrag anzuknüpfen ist.

(b) Vereinheitlichte internationale Klauselwerke

Diese Überlegung mag allerdings dann nicht zutreffen, wenn die Parteien in einer Branche tätig sind, die auch im internationalen Geschäftsverkehr vereinheitlichte Klauselwerke verwendet, etwa die „Incoterms 2000“¹²³ oder die branchenspezifischen „GAFTA 100“¹²⁴.¹²⁵ In diesem Fall ist meist auch derjenigen Partei, der die AGB gestellt werden, deren Inhalt bekannt. Vor diesem Hintergrund könnte man davon ausgehen, dass eine Übersendungspflicht in der Tat nicht erforderlich ist. Aber längst nicht alle Teilnehmer des internationalen Geschäftsverkehrs sind in Branchen tätig, für die international vereinheitlichte Klauselwerke existieren. Insofern kann der Maßstab für die Einbeziehung von AGB nicht allein an diesen Parteien ausgerichtet werden. Im Übrigen kommt den etablierten Marktteilnehmern, die auf vereinheitlichte internationale Klauselwerke verweisen, ohnehin Art. 9 Abs. 2 CISG bei der Einbeziehung von AGB zugute. Nach dieser Vorschrift wird nämlich von vornherein angenommen, dass die Parteien sich bei Abschluss ihres Vertrages stillschweigend auf solche Gebräuche bezogen haben, die sie kannten oder kennen mussten und die im internationalen Handel den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig weithin bekannt sind und von ihnen regelmäßig beachtet werden.¹²⁶ Die Voraussetzungen für die Ein-

¹²¹ Ebenso *Hennemann*, S. 74; *Magnus*, ZEuP 2002, 523 (532); *Teklote*, S. 114.

¹²² Vgl. etwa die Rechtsprechung des Tribunal Commerce de Nivelles (Belgien), Urteil vom 19.9.1995, Nr. R.G. 1707/93, Unilex 1995 (zu finden unter <http://www.unilex.info>).

¹²³ International Chamber of Commerce (Hrsg.): International Commercial Terms (Incoterms), 2000.

¹²⁴ Hrsg.: Grain And Feed Trade Association (GAFTA).

¹²⁵ Diesen Einwand erhebt *Schmidt-Kessel*, NJW 2002, 3444 (3446).

¹²⁶ Ob die vorgenannten „Incoterms 2000“ zu diesen internationalen Gebräuchen zählen, ist allerdings umstritten: bejahend *Schlechtriem/Schwenzer-Schmidt-Kessel*, Art. 9 Rn. 26; verneinend *Staudinger-Magnus*, Art. 9 CISG Rn. 8.

beziehungskontrolle von AGB kann demnach nicht von vornherein an solchen Fallkonstellationen ausgerichtet werden.

(c) Zweck des Übereinkommens

Der angemessene Maßstab für die Einbeziehung von AGB in internationale Warenkaufverträge ist nach alledem vielmehr unter Berücksichtigung des Zwecks des Übereinkommens zu ermitteln. Seiner Präambel zufolge dient das CISG dem Zweck, die rechtlichen Hindernisse im internationalen Handel zu beseitigen und seine Entwicklung zu fördern. Diesem Zweck könnte die Übersendungspflicht für AGB zuwiderlaufen. In der Tat wird mit dem Erfordernis, die AGB im Volltext zu übersenden, eine zusätzliche Hürde für den Abschluss von Warenkaufverträgen unter Einbeziehung von AGB geschaffen.¹²⁷ Auf der anderen Seite ist aber zu bedenken, dass für diejenige Partei, der die AGB gestellt werden, die Rechtssicherheit durch eine Übersendungspflicht des Verwenders verbessert wird. In Anbetracht des AGB-Volltextes kann sie unzweifelhaft ersehen, wie die Vertragsbedingungen beschaffen sind, die der Verhandlungspartner einzubeziehen wünscht. Eine gesteigerte Rechtssicherheit ist der Entwicklung des internationalen Handels aber gerade nicht hinderlich, sondern fördert ihn. Ein weiterer Zweck des Übereinkommens ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 CISG. Dieser Vorschrift zufolge ist bei Anwendung und Auslegung des CISG die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern. Der gute Glaube im internationalen Handel kann aber ebenfalls nur dann gefördert werden, wenn derjenigen Partei, der die AGB einseitig gestellt werden, die Möglichkeit der Kenntnisnahme ohne größere Umstände ermöglicht wird. Dies spricht ebenfalls für eine Pflicht des Verwenders zur Übersendung des AGB-Volltextes, da dieser sie seinem Angebot ohne größeren Aufwand beifügen kann. Würde er die AGB hingegen nicht übersenden, müsste die andere Partei nach erfolgtem Hinweis auf die AGB ihrerseits erst Erkundigungen einholen, um sich über den Inhalt der AGB zu informieren. Dies ist der wesentlich umständlichere Weg.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die von der deutschen Rechtsprechung gestellten Anforderungen an die Einbeziehung von AGB nach UN-Kaufrecht dadurch abgeschwächt sind, dass nicht nur die Übersendung selbst, sondern auch ein anderweitiges Zugänglichmachen für die Ermöglichung der Kenntnisnahme ausreichend ist.

¹²⁷ *Schmidt-Kessel*, NJW 2002, 3444 (3446).

(d) Ergebnis

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass der Maßstab der deutschen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre bei der Einbeziehung von AGB unter Geltung des UN-Kaufrechts nicht unangemessen ist. Unter Zugrundelegung des Zwecks des Übereinkommens, den internationalen Handel zu fördern, ist mit der Feststellung zu schließen, dass die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme nur dann gegeben ist, wenn der Verwender den AGB-Text an seinen Verhandlungspartner übersendet oder ihn anderweitig zugänglich macht.

(2) Sprache der AGB

Während die Übersendungspflicht einen großen Streitpunkt darstellt, herrscht Einigkeit über die Sprache, in der die AGB abgefasst sein müssen, damit die Kenntnisnahme der anderen Partei in zumutbarer Weise ermöglicht wird. Grundsätzlich sollten die AGB in der Verhandlungs- oder Vertragssprache abgefasst sein.¹²⁸ Ferner genügt es aber auch, wenn der AGB-Text in der Muttersprache des Verhandlungspartners geschrieben ist oder aber in einer anderen Sprache, die der Verhandlungspartner nachweislich beherrscht.¹²⁹ Im internationalen Handelsverkehr wird darüber hinaus in vielen Fällen ein AGB-Text auf Englisch eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme darstellen.¹³⁰

b) Anwendbarkeit auf Vertragsabschlüsse via Internet

Nachdem Klarheit über die Anforderungen an die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme geschaffen wurde, ist nun zu untersuchen, ob diese Voraussetzung auch bei einem Vertragsabschluss via Internet erfüllt sein kann. In diesem Zusammenhang ist wiederum das vorgenannte Urteil des BGH von Relevanz, in dem die Formulierung zu finden ist, dass der AGB-Text nicht nur übersandt, sondern auch „anderweitig zugänglich“ gemacht werden kann.¹³¹ So wird in der deutschen Literatur vermutet, dass diese Formulierung gerade im Hinblick auf solche Vertragsabschlüsse im Internet erfolgt sei.¹³²

Bevor auf die Möglichkeit dieses anderweitigen Zugänglichmachens im Sinne des BGH eingegangen werden kann, ist aber zu klären, ob nicht auch ein „Übersenden“ des AGB-

¹²⁸ *Achilles*, Art. 24 Rn. 8; *Hennemann*, S. 76; *Teklote*, S. 118.

¹²⁹ OLG Koblenz, IPRax 1994, 46 (48); *Achilles*, Art. 24 Rn. 8; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 3 Rn. 79.

¹³⁰ *Hennemann*, S. 76; *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 14 CISG Rn. 10. Einschränkend *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 3 Rn. 79.

¹³¹ BGH RIW 2002, 144 (146).

¹³² *Schmidt-Kessel*, NJW 2002, 3444 (3445).

Textes via Internet erfolgen kann. Dies ist abhängig von dem Rechtsverständnis, das an diesen Begriff geknüpft wird.

aa) Begriff des Übersendens

Ein Übersenden der AGB kommt zumindest dann in Betracht, wenn die AGB per Email an die andere Partei übermittelt werden. Allerdings ist denkbar, dass unter einem „Übersenden“ nur das Verschicken eines verkörpertem Textes als Druckwerk mit der Post zu verstehen ist. Dann könnte der AGB-Text nicht per Email „übersandt“ werden. Schließt dieser Begriff hingegen auch solche Möglichkeiten zur Übertragung von Texten ein, die sich durch die Nutzung moderner Kommunikationstechniken auszeichnen, könnte ein „Übersenden“ auch auf elektronischem Wege, d.h. per Email erfolgen.

Zur Klärung dieser Frage lassen sich zum einen Schlüsse aus den allgemeinen Vorschriften des CISG ziehen. Gem. Art. 11 Satz 1 CISG ist der Vertragsabschluss grundsätzlich formfrei. Dies spricht dagegen, eine Übersendung des AGB-Textes als Schriftstück zu verlangen. Denn damit würde letztlich doch nur wieder ein Formerfordernis eingeführt. Art. 11 Satz 1 CISG deutet also darauf hin, dass auch die Übersendung des AGB-Textes via Email dieser Voraussetzung der deutschen Rechtsprechung genügen kann. Wie bereits an anderer Stelle erörtert, besteht dabei zum einen die Möglichkeit, den AGB-Volltext direkt als Email-Text via Internet zu verschicken, zum anderen kann der AGB-Text als Anhang an eine Email angefügt werden.¹³³

Zum anderen ist allerdings auch die Formulierung des BGH zu berücksichtigen, in der ausdrücklich zwischen einem Übersenden und einem anderweitigen Zugänglichmachen unterschieden wird. Dieser Unterscheidung kann man insofern auch die Absicht entnehmen, das Erfordernis der Übersendung nur im klassischen Sinne zu verwenden und erst mit der zweiten Alternative die elektronische Datenübertragung zu erfassen.

bb) Anderweitiges Zugänglichmachen

In jedem Fall ist also bei einem Vertragsabschluss auf elektronischem Wege die zweite Alternative erfüllt: Dem Kunden kann der AGB-Text anderweitig zugänglich gemacht werden.¹³⁴ Selbst wenn also das Erfordernis der Übersendung eng ausgelegt und eine Übersen-

¹³³ Vgl. Abschnitt B VII 4b bb im 1. Teil dieser Arbeit.

¹³⁴ In diesem Sinne wohl auch *Schmidt-Kessel*, NJW 2002, 3444 (3445).

derung nur in dem Zuschicken eines Druckwerkes per Post gesehen wird, scheitert die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme bei einem Vertragsabschluss via Internet nicht.

Wie oben bereits ausführlich dargestellt, stehen dem Verwender der AGB für das Zugänglichmachen von AGB im Internet neben der Übermittlung des AGB-Textes per Email noch zwei weitere Wege offen. Zum einen kann er den AGB-Volltext auf einer Webseite platzieren, die der Kunde für seine Warenbestellung aufruft. Zum anderen ist es ausreichend, wenn der Verwender der AGB einen Link auf eine andere Webseite bereithält, über den der Kunde den AGB-Volltext aufrufen kann.¹³⁵

c) Ergebnis

Allgemeine Geschäftsbedingungen können auch bei einem elektronischen Vertragsschluss wirksam einbezogen werden. Der Ausschluss des UN-Kaufrechts iSd. Art. 6 CISG kann demnach auch dann erfolgen, wenn eine der Vertragsparteien eine AGB-Klausel verwendet, die den Ausschluss explizit oder konkludent beinhaltet.

Wie bereits erwähnt, sieht das CISG keine inhaltliche Kontrolle von AGB vor.¹³⁶ Die Inhaltskontrolle stellt vielmehr eine Gültigkeitsfrage iSd. Abs. 4 Satz 2 lit. a CISG dar und richtet sich folglich nach dem unvereinheitlichten nationalen Recht, das auf den Vertrag anzuwenden ist.¹³⁷

3. Besonderheiten bei kollidierenden Rechtswahlklauseln in AGB

Ein besonderes Problem bei AGB stellt sich allerdings dann, wenn beide Parteien widersprüchliche AGB verwenden. So ist zumindest in einer Email-Korrespondenz der Parteien denkbar, dass jede Partei auf ihre eigenen AGB Bezug nimmt und die Klauselwerke beider Parteien auch eine Rechtswahl enthalten. Allerdings widersprechen sich die beiden Rechtswahlklauseln in Bezug auf das gewählte nationale Recht. Schwierigkeiten im Hinblick auf einen wirksamen Ausschluss des UN-Kaufrechts iSd. Art. 6 CISG ergeben sich dann in folgender Konstellation: Eine Partei hat das Recht eines Nichtvertragsstaats für anwendbar erklärt, was einen Ausschluss des UN-Kaufrechts beinhalten würde. Demgegenüber hat die andere Partei in ihren AGB das Recht eines Vertragsstaates gewählt, was zur Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts führen würde.

¹³⁵ Ebenso *Magnus*, ZEuP 2002, 523 (532).

¹³⁶ Vgl. Abschnitt II 2a bb (1) (a) im 2. Teil dieser Arbeit.

¹³⁷ *Goecke*, MDR 2000, 63 (66); *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 4 CISG Rn. 6; *Staudinger-Magnus*, Art. 14 CISG Rn. 42.

a) Gegenangebot gem. Art. 19 Abs. 1 CISG

Für diese Problematik enthält das CISG keine besonderen Vorschriften, so dass für die Lösung auf die allgemeine Regelung des Art. 19 CISG zurückzugreifen ist, der die Annahme eines Angebots unter Abweichungen zum Gegenstand hat.¹³⁸ Gem. Art. 19 Abs. 1 CISG ist eine Antwort auf ein Angebot, die eine Annahme darstellen soll, aber Ergänzungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen enthält, eine Ablehnung des Angebots und stellt ein Gegenangebot dar. Sofern jedoch die abweichende Antwort die Bedingungen des Angebots nicht wesentlich ändert, ist sie gem. Art. 19 Abs. 2 CISG als Annahme anzusehen, wenn der Anbietende das Fehlen der Übereinstimmung nicht unverzüglich mündlich beanstandet oder eine entsprechende Mitteilung absendet. Unterlässt er dies, so bilden die Bedingungen des Angebots mit den in der Annahme enthaltenen Änderungen den Vertragsinhalt.

Art. 19 Abs. 2 CISG ist bei einer abweichenden Rechtswahlklausel nicht einschlägig: Die Vereinbarung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts ist von besonderer Wichtigkeit, da die Wahl des anwendbaren Rechts die grundlegende Weichenstellung für die Beurteilung aller rechtlichen Fragen bedeutet. Dies gilt selbst dann, wenn eine Rechtswahl die Geltung des vereinheitlichten UN-Kaufrechts unberührt lässt, da das CISG gem. Art. 4 CISG nur ausgewählte Bereiche des internationalen Warenkaufs regelt, eine Vielzahl rechtlicher Fragen hingegen dem nationalen Recht unterstellt wird. Insofern ist die Bezugnahme auf eine AGB-Klausel, die die Wahl eines anderen Rechts enthält als die im ursprünglichen Angebot enthaltene Rechtswahlklausel, keine unwesentliche Abweichung iSd. Art. 19 Abs. 2 CISG. Vielmehr ist Art. 19 Abs. 1 CISG einschlägig. Die Antwort auf das Angebot unter Hinweis auf die eigenen AGB, die eine kollidierende Rechtswahlklausel beinhalten, kann demnach keine uneingeschränkte Annahme darstellen, sondern ist ein Gegenangebot.

b) Zustandekommen des Vertrages

Unklar ist jedoch in vielen Fällen, wie sich dies auf das Zustandekommen des Vertrages auswirkt. Klarheit besteht nur, sofern beide Parteien angesichts der kollidierenden AGB vom Scheitern ihrer Vertragsverhandlungen ausgehen. Dann ist überhaupt kein Vertrag zustande gekommen. Kontrovers wird hingegen die Konstellation beurteilt, dass die Parteien trotz der widersprüchlichen AGB den Vertrag durchführen.

¹³⁸ *Holthausen*, RIW 1989, 513 (518); *Staudinger-Magnus*, Art. 19 CISG Rn. 20; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 19 Rn. 20; *Honsell-Schnyder/Straub*, Art. 19 Rn. 37; *Stadie/Nietzer*, MDR 2002, 428 (431).

aa) Konkludente Annahme des Gegenangebots

Von einer Literaturmeinung wird insoweit vertreten, dass die Durchführung des Vertrages nach Erhalt des Gegenangebots eine konkludente Annahme desselben darstellt.¹³⁹ Das würde bedeuten, dass ein Vertrag mit dem Inhalt des Gegenangebots, d.h. unter Einbeziehung der dort genannten kollidierenden AGB-Klausel, zustande kommt. Dagegen spricht jedoch zweierlei.

Zum einen steht die Auslegung des Verhaltens der Parteien anhand von Art. 8 Abs. 1 CISG dieser Schlussfolgerung entgegen. Gem. Art. 8 Abs. 1 CISG ist das Verhalten einer Partei nach deren Willen auszulegen, wenn die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. Zwar lässt die Vertragsdurchführung im Anschluss an das Gegenangebot erkennen, dass die andere Partei trotz der Antwort unter Abänderungen von einem wirksamen Vertrag ausgeht. Dennoch hat die anderslautende Rechtswahlklausel ihr deutlich gezeigt, dass im Hinblick auf die Rechtswahl gerade kein übereinstimmender Wille beider Parteien vorliegt und eine Einigung in dieser Frage somit nicht erzielt werden konnte. Angesichts des offensichtlich entgegenstehenden Willens des ursprünglich Anbietenden kann es daher nicht überzeugen, die Durchführung des Vertrages als konkludente Annahme des Gegenangebots unter Einbeziehung der AGB-Klausel anzusehen.

Zum anderen führt die Konstruktion einer konkludenten Einigung über die zuletzt genannten AGB zu unbilligen Ergebnissen. Sie kommt letztlich der „Theorie des letzten Wortes“ in der früheren deutschen Rechtsprechung¹⁴⁰ bzw. der „Last shot rule“ der englischen Rechtsstradition¹⁴¹ gleich und ist insofern der gleichen Kritik ausgesetzt: Dieser Ansatz bringt es mit sich, dass sich immer die AGB-Klauseln derjenigen Partei durchsetzen, die das letzte Wort vor der Vertragsdurchführung gehabt hat.¹⁴² Wer das letzte Wort vor der Vertragsdurchführung gehabt hat, ist jedoch meist nur eine Frage des Zufalls. Demnach führt die Anwendung dieser Theorie zu willkürlichen Ergebnissen. Gerade im Zuge länger andauernder Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien ist es meist aus Sicht der beteiligten Parteien völlig ohne Belang und demnach reiner Zufall, welche Partei das abschließende Angebot verfasst.

¹³⁹ Honsell-Schnyder/Straub, Art. 19 Rn. 37. Diese Ansicht wurde vereinzelt auch von der deutschen Rechtsprechung zum EAG vertreten: OLG Hamm, NJW 1983, 523 (524); LG Landshut, RIW 1977, 427 (428).

¹⁴⁰ BGH LM § 150 BGB Nr. 3 und Nr. 6; OLG Köln MDR 1971, 762 (763).

¹⁴¹ *Transmotors Ltd. v Robertson, Buckley & Co. Ltd.* [1970] 1 Lloyd's Rep 224; *Butler Machine Tool Co. v Ex-Cell-O Corp. (England) Ltd.* [1979] 1 WLR 401. Vgl. dazu *McKendrick*, Kapitel 2.4; *Schmitthoff*, Rn. 3-018; *v. Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, § V I 3.

¹⁴² *Herber/Czerwenka*, Art. 19 Rn. 18; *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (739); *Soergel-Lüderitz/Fenge*, Art. 19 CISG Rn. 5; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 19 Rn. 20; *Stadie/Nietzer*, MDR 2002, 428 (431f.).

Dennoch wird der Sachverhalt, je nachdem, welche Partei das letzte Wort gehabt hat, im Hinblick auf die Einbeziehung der AGB völlig unterschiedlich behandelt. Ein solches Vorgehen vermag nicht zu überzeugen. Dass gerade die AGB derjenigen Partei Geltung erlangen, die durch Zufall das letzte Wort geführt hat, bevor die andere Partei mit der Vertragserfüllung beginnt, erscheint also eher willkürlich. Mithin ist dieser Ansatz auch unter Geltung des UN-Kaufrechts abzulehnen.

bb) Partieller Dissens und Restgültigkeit des Vertrages

Die Auslegung der Erklärungen beider Parteien unter Berücksichtigung ihres Willens iSd. Art. 8 Abs. 1 CISG führt vielmehr zu der Feststellung, dass ein Dissens vorliegt. An der Vertragsdurchführung wird allerdings deutlich, dass die Parteien dennoch von einem wirksamen Vertrag, d.h. von einer Einigung ausgegangen sind. Insofern liegt bei genauer Betrachtung nur ein partieller Dissens hinsichtlich der kollidierenden AGB-Klausel vor.¹⁴³ Für einen partiellen Dissens enthält das CISG aber keine spezifischen Regelungen.

Nach einer Mindermeinung ist daher auf die allgemeine Vorschrift des Art. 19 Abs. 1 CISG zurückzugreifen. Danach ist in Anbetracht der kollidierenden AGB eine Einigung durch übereinstimmende Willenserklärungen nicht erfolgt; ein wirksamer Vertrag ist folglich nicht geschlossen worden.¹⁴⁴ Nach herrschender Meinung im Schrifttum, der sogenannten Restgültigkeitstheorie¹⁴⁵, die seit neuestem auch von der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung angewandt wird¹⁴⁶, ist der Vertrag hingegen wirksam zustande gekommen. Lediglich die Klausel, über die keine Einigung erzielt werden konnte, ist unwirksam; an ihre Stelle treten die gesetzlichen Regelungen des auf den Vertrag anwendbaren Rechts.¹⁴⁷

Nur die letztgenannte Ansicht wird dem Willen der Parteien gerecht. Eine praxisnahe Betrachtung unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Vertragsdurchführung macht deutlich, dass die Parteien einen wirksamen Vertrag schließen wollten. Eine strenge Anwendung des Art. 19 Abs. 1 CISG, die ein Scheitern des Vertragsschlusses bedeuten würde, wird somit dem Willen der Parteien nicht gerecht. Sie steht folglich im Widerspruch zu den Grundsätzen des Art. 8 CISG über die Auslegung des Verhaltens der Parteien. Die fehlende Einigung be-

¹⁴³ Ebenso Schlechtriem/Schwenzer-*Slechtriem*, Art. 19 Rn. 20.

¹⁴⁴ Herber/Czerwenka, Art. 19 Rn. 18; Neumayer, FS Giger (1989), S. 501 (524); Reinhart, UN-Kaufrecht, Art. 19 Rn. 8. Für das EAG auch OLG Frankfurt, IPRax 1982, 242 (242).

¹⁴⁵ Achilles, Art. 19 Rn. 5; Soergel-Lüderitz/Fenge, Art. 19 CISG Rn. 5; Staudinger-Magnus, Art. 19 CISG Rn. 24; ders., ZEuP 2002, 523 (533); Schlechtriem/Schwenzer-*Slechtriem*, Art. 19 Rn. 20.

¹⁴⁶ BGH, NJW 2002, 1651 (1653). Ferner AG Kehl, RIW 1996, 957 (958).

¹⁴⁷ BGH, NJW 2002, 1651 (1653); Staudinger-Magnus, Art. 19 CISG Rn. 24.

schränkt sich vielmehr lediglich auf die AGB-Klausel. Insofern ist die Restgültigkeitstheorie als die sachgerechtere Lösung des Problems der kollidierenden AGB anzusehen.

Unter dogmatischen Aspekten fragt sich zwar, ob sich diese Theorie mit der klar formulierten Rechtsfolge von Art. 19 Abs. 1 CISG vereinbaren lässt. Hier hilft jedoch Art. 6 CISG weiter, wonach die Parteien die Wirkung einzelner Vorschriften des CISG ändern können. Die Vertragsdurchführung trotz widersprüchlicher AGB kann insofern als eine konkludente Modifikation der Wirkung des Art. 19 Abs. 1 CISG dahingehend aufgefasst werden, dass auch eine Annahme unter Hinweis auf kollidierende AGB zu einem wirksamen Vertragsschluss führen soll, wenngleich unter Ausschluss der betreffenden AGB.¹⁴⁸

c) Ergebnis

Als Ergebnis lässt sich demnach folgendes festhalten: Entsteht bei einem Vertragsschluss unter Geltung des CISG das Problem, dass beide Parteien Rechtswahlklauseln in AGB einbeziehen wollen, die sich inhaltlich widersprechen, ist zwar der Vertrag wirksam zustande gekommen. Eine wirksame Einbeziehung der AGB konnte jedoch angesichts des inhaltlichen Widerspruchs nicht erfolgen. Für den Ausschluss des UN-Kaufrechts gem. Art. 6 CISG bedeutet dies, dass mangels wirksamer Einbeziehung der kollidierenden AGB-Klauseln auch keine Vereinbarung über einen Ausschluss des CISG getroffen wurde.

III. Anwendbarkeit der materiellen Regelungen des CISG auf einen elektronischen Vertrag

Sofern kein Ausschluss des UN-Kaufrechts durch die Parteien iSd. Art. 6 CISG erfolgt ist und auch alle sonstigen Anwendungsvoraussetzungen des CISG zu bejahen sind, gelangen die materiellen Regelungen des UN-Kaufrechts zur Anwendung. Im Folgenden soll kurz aufgezeigt werden, welche Probleme sich bei Anwendung dieser Regelungen stellen können, wenn ein Vertrag auf elektronischem Wege geschlossen wird.

1. Wirksames Zustandekommen des Warenkaufvertrages

Zunächst ist zu prüfen, ob der Warenkaufvertrag selbst wirksam gem. Artt. 14 ff. CISG zustande gekommen ist. Wie bereits die Prüfung der wirksamen Einbeziehung von AGB gezeigt hat, die ebenfalls den Voraussetzungen der Artt. 14 ff. CISG unterliegt, scheitert die

¹⁴⁸ AG Kehl, RIW 1996, 957 (958); Staudinger-Magnus, Art. 19 CISG Rn. 25; Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem, Art. 19 Rn. 20.

Anwendbarkeit dieser Vorschriften nicht an dem Umstand, dass der Vertrag via Internet geschlossen wird. Insbesondere die Aussage des Art. 11 Satz 1 CISG, wonach der Kaufvertrag nicht schriftlich geschlossen werden muss und auch sonst keinen Formvorschriften unterliegt, macht deutlich, dass Artt. 14 ff. CISG grundsätzlich auch auf elektronische Willenserklärungen anwendbar sind. Der Warenkaufvertrag selbst kann demnach auch dann wirksam zustande kommen, wenn die Parteien ihre für den Vertragsschluss erforderlichen Willenserklärungen via Internet abgegeben haben.

2. Pflichten bei Inanspruchnahme eines Rechtsbehelfs wegen Vertragsverletzung

Zweifelhaft ist hingegen, ob auch die Bestimmungen über die Pflichten des Verkäufers und des Käufers, insbesondere die Pflichten bei Inanspruchnahme eines Rechtsbehelfs wegen einer Vertragsverletzung, bei einer Kommunikation der Parteien via Internet erfüllt werden können. In verschiedenen Vorschriften wird als Voraussetzung für einen Rechtsbehelf eine Anzeige, Aufforderung oder sonstige Mitteilung an den Vertragspartner verlangt.¹⁴⁹ Fraglich ist, ob diese nur unter Einhaltung der Schriftform erfolgen können. Wiederum ist aber auf Art. 11 CISG hinzuweisen, in dem das Prinzip der Formfreiheit für das gesamte Übereinkommen festgeschrieben wurde.¹⁵⁰ Auch etwaige Mitteilungen bei Inanspruchnahme eines Rechtsbehelfs können demnach grundsätzlich formfrei erfolgen.¹⁵¹ Eine Mitteilung auf elektronischem Wege ist nach alledem möglich.

a) Schriftformerfordernis kraft Parteivereinbarung

Etwas anderes gilt jedoch in zwei Fallkonstellationen: Zum einen können sich die Parteien gem. Art. 6 CISG im Rahmen ihrer Parteiautonomie in einer Schriftformklausel zur Einhaltung der Schriftform verpflichten; diese Möglichkeit wird etwa in Art. 29 Abs. 2 CISG vorausgesetzt.¹⁵² Zum anderen kann ein Vertragsstaat einen Vorbehalt gem. Art. 12 iVm. Art. 96 CISG erklärt haben. Art. 96 CISG ist aber nur in der besonderen Situation zu beachten, dass eine Partei ihre Niederlassung in einem Vertragsstaat hat, der seinerseits erklärt hat, dass Willenserklärungen nicht der Formfreiheit des Art. 11 CISG, sondern dem nationalen Schriftformerfordernis unterliegen. Von dieser Möglichkeit haben nur wenige Vertragsstaaten

¹⁴⁹ Vgl. etwa Artt. 39, 43, 47, 48, 49, 50, 63 ff., 67 Abs. 2, 71 ff., 88 Abs. 2 CISG.

¹⁵⁰ *Herber/Czerwenka*, Art. 11 Rn. 2; *Staudinger-Magnus*, Art. 11 CISG Rn. 6; *Piltz*, Internationales Kaufrecht, § 3 Rn. 114.

¹⁵¹ *Achilles*, Art. 11 Rn. 1; *Bianca/Bonell-Rajski*, Art. 11 Anm. 1.1; *Staudinger-Magnus*, Art. 11 CISG Rn. 7; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 11 Rn. 9.

¹⁵² *Staudinger-Magnus*, Art. 13 CISG Rn. 1; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 13 Rn. 2.

Gebrauch gemacht.¹⁵³ Ob elektronische Willenserklärungen den dortigen nationalen Schriftformerfordernissen standhalten, soll im Rahmen dieser Arbeit nicht näher untersucht werden.

Zu untersuchen bleibt demnach lediglich, ob elektronische Willenserklärungen dem von den Parteien vereinbarten Schriftformerfordernis genügen können. Zunächst sind dabei die Anforderungen an die Schriftform zu benennen. Anschließend ist zu prüfen, inwieweit eine elektronische Erklärung diesen Anforderungen gerecht wird.

aa) Anforderungen

Eine autonome Definition der Schriftform enthält das CISG nicht. Aufschluss über den Begriff gibt jedoch Art. 13 CISG, so dass für die Bestimmung der Voraussetzungen nicht auf nationales Recht zurückgegriffen werden muss.¹⁵⁴ Art. 13 CISG bestimmt, dass der Ausdruck „schriftlich“ auch Mitteilungen durch Telegramm oder Fernschreiben erfasst. Daraus ist zu entnehmen, dass die betreffende Mitteilung zumindest in einem Schriftstück verkörpert sein und ihren Urheber erkennen lassen muss.¹⁵⁵ Nicht notwendig ist hingegen eine eigenhändige Unterschrift, wie die Gleichstellung mit Telegramm und Fernschreiben deutlich macht.¹⁵⁶

Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich allerdings auch, dass Art. 13 CISG keine abschließende Aufzählung der zulässigen Mitteilungsformen enthält. Daher wird von der herrschenden Lehre geschlossen, dass auch Mitteilungen auf anderen Übertragungswegen, etwa per Telefax¹⁵⁷ dem Schriftformerfordernis genügen. Dies kann jedoch nur dann gelten, wenn die beiden Grundvoraussetzungen der Verkörperung einerseits und der Erkennbarkeit des Urhebers andererseits vorliegen.¹⁵⁸ Fraglich ist, ob das bei einer Erklärung im Internet der Fall ist.

bb) Anwendung auf Erklärungen via Internet

Bedenken bestehen bei der Anwendung der genannten Voraussetzungen an die Schriftform insbesondere hinsichtlich des Merkmals der Verkörperung. Die bloße Sichtbarmachung

¹⁵³ Es handelt sich um Argentinien, Chile, China, Estland, Lettland, Litauen, Russland, Ukraine, Ungarn und Weißrussland.

¹⁵⁴ Staudinger-Magnus, Art. 13 CISG Rn. 4. Anderer Ansicht im Hinblick auf elektronische Kommunikation Schlechtriem/Schwenzer-Slechtriem, Art. 13 Rn. 2.

¹⁵⁵ Achilles, Art. 13 Rn. 1; Staudinger-Magnus, Art. 13 CISG Rn. 4

¹⁵⁶ Achilles, Art. 13 Rn. 1; Staudinger-Magnus, Art. 13 CISG Rn. 4; Schlechtriem/Schwenzer-Slechtriem, Art. 13 Rn. 2.

¹⁵⁷ Achilles, Art. 13 Rn. 1; Herber/Czerwenka, Art. 13 Rn. 4; Soergel-Lüderitz/Fenge, Art. 13 CISG Rn. 1; Staudinger-Magnus, Art. 13 CISG Rn. 5; Schlechtriem/Schwenzer-Slechtriem, Art. 13 Rn. 2.

¹⁵⁸ Ebenso Achilles, Art. 13 Rn. 1.

eines auf elektronischem Wege übertragenen Textes am Bildschirm stellt keine Verkörperung der Erklärung dar. Eine Verkörperung ist vielmehr nur dann zu bejahen, wenn der übertragene Text auf Papier ausgedruckt ist.¹⁵⁹ Schon bei der Möglichkeit des Ausdrucks ist im Hinblick auf elektronische Erklärungen via Internet zu differenzieren: Wird eine Erklärung nur per Mausklick abgegeben, etwa durch Anklicken eines vorformulierten Feldes, so wird regelmäßig überhaupt kein Text elektronisch übertragen, sondern lediglich die Information übermittelt, dass eine Aktivierung dieses Feldes erfolgt ist. In diesem Fall besteht beim Empfänger hingegen regelmäßig nicht die Möglichkeit, diesen Text in seinem genauen Wortlaut auszudrucken. Für solche Erklärungen ist die Schriftform insofern keinesfalls erfüllt.

Etwas anderes mag für die Kommunikation per Email gelten. Hier besteht grundsätzlich die Möglichkeit, den Erklärungstext in seinem genauen Wortlaut am Bildschirm sichtbar zu machen und anschließend auf Papier auszudrucken. Letztlich hängt dies jedoch von der technischen Ausstattung des Empfängers und von seinen Gewohnheiten ab: Entscheidend ist zum einen, ob der Empfänger überhaupt einen Drucker an seinen Computer angeschlossen hat; zum anderen, ob er Emails auszudrucken pflegt. Höchst zweifelhaft ist aber, ob es auf diese Faktoren ankommen kann.

Auf Seiten des Erklärenden würde dies eine große Rechtsunsicherheit mit sich bringen, da die Einhaltung der Schriftform letztlich vom Verhalten des Empfängers abhinge: Wird eine Erklärung per Email bloß am Bildschirm gelesen, dann ist das Schriftformerfordernis nicht erfüllt. Besitzt der Empfänger hingegen einen Drucker und druckt den Text der Email tatsächlich aus, dann ist die Schriftform eingehalten. Dies kann nicht überzeugen. Die Einhaltung der Form vom Verhalten des Erklärungsempfängers abhängig zu machen, steht eindeutig der Forderung des Art. 7 Abs. 1 CISG entgegen, die Wahrung des guten Glaubens im Handel zu fördern. Auf der anderen Seite erscheint es aber auch abwegig, unter Hinweis auf den guten Glauben im Handel vom Erklärungsempfänger immer das Ausdrucken einer Email zu verlangen, um auf diese Weise eine Verkörperung und damit die Einhaltung der Schriftform sicherzustellen. Schon aus diesen Gründen ist es höchst fraglich, die Schriftform einer Email zu bejahen. Die gleichen Einwände gelten dann im Übrigen auch für das Telefax, da auch dort – abhängig von den Empfangsvorrichtungen des Empfängers – unter Umständen nur ein Sichtbarmachen am Computer erfolgt, nämlich beim sogenannten Computerfax.¹⁶⁰

Zwei Schlussfolgerungen sind an dieser Stelle möglich. Zum einen kann man zu dem Ergebnis kommen, dass die Schriftform iSd. Art. 13 CISG durch eine Email und ein Computer-

¹⁵⁹ So auch *Achilles*, Art. 13 Rn. 1; *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 13 Rn. 2.

¹⁶⁰ Ebenso *Schlechtriem/Schwenzer-Schlechtriem*, Art. 13 Rn. 2.

fax mangels Verkörperung des übertragenen Textes nicht erfüllt werden kann. Zum anderen kann man aber auch die Frage aufwerfen, ob im Hinblick auf moderne elektronische Übertragungswege nicht eine Erweiterung der Voraussetzungen der Schriftform angebracht ist.¹⁶¹ Aus Art. 13 CISG wird immerhin die Tendenz deutlich, dass technische Besonderheiten bei der Übermittlung von Texten gerade nicht der Einhaltung der Schriftform entgegenstehen sollen. So sind ausdrücklich auch Telegramm und Fernschreiben von der Schriftform erfasst. Daraus könnte man also schließen, dass die Schriftform auch auf andere technische Übertragungsmöglichkeiten zu erstrecken ist, an die die Mitglieder von UNCITRAL beim Entwurf des Übereinkommens womöglich noch gar nicht gedacht haben, wie etwa Email.¹⁶²

Dies entspräche überdies der Tendenz im vereinheitlichten europäischen Recht: Auch im Rahmen des EuGVÜ/LugÜ wird mit der Technikoffenheit der Übereinkommen argumentiert. Im Zuge der Revision des EuGVÜ wurde die Vorschrift über Gerichtsstandsvereinbarungen sogar um einen neuen Absatz erweitert, der ausdrücklich besagt, dass elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, der Schriftform gleichgestellt sind. Damit ist klargestellt, dass nach europäischem Verständnis auch elektronische Erklärungen dem Schriftformerfordernis nicht entgegenstehen.¹⁶³

Für die abschließende Beurteilung ist aber eine Besonderheit des Schriftformerfordernisses iSd. CISG zu berücksichtigen. Ein wesentlicher Unterschied etwa zu Art. 23 EuGVVO oder zu Art. 17 EuGVÜ/LugÜ besteht darin, dass die Vorschriften des Übereinkommens selbst gar keine Schriftform verlangen. Die gesamte Problematik stellt sich im Rahmen des CISG vielmehr nur dann, wenn die Parteien die Schriftform vereinbart haben. Gerade diese Vereinbarung macht aber deutlich, dass eine strenge Form von den Parteien ausdrücklich erwünscht ist. Dies spricht ganz eindeutig dagegen, die Schriftform auf solche Erklärungen auszudehnen, die gar nicht verkörpert sind. Zwar könnte man an dieser Stelle einwenden, dass die strenge Auffassung von der Schriftform den Parteien die grenzüberschreitende Kommunikation erschwert und damit einem erklärten Ziel des Übereinkommens entgegensteht, welches in Art. 3 der Präambel genannt ist, nämlich die Entwicklung des internationalen Handels zu fördern. Gegen einen solchen Einwand ist aber anzuführen, dass das Übereinkommen selbst den Grundsatz der Formfreiheit enthält. Sofern die Parteien also per Email oder mit Online-Übermittlungen per Mausklick kommunizieren wollen, steht dem Kommunikationsmedium Internet nichts im Wege. Sogar dann, wenn sie eine bestimmte Form vereinbaren wollen, steht

¹⁶¹ Angedeutet auch bei Schlechtriem/Schwenzer-*Slechtriem*, Art. 13 Rn. 2a.

¹⁶² So im Ergebnis *Achilles*, Art. 13 Rn. 1; Schlechtriem/Schwenzer-*Slechtriem*, Art. 13 Rn. 2a.

¹⁶³ Vgl. Abschnitt B VII 3 im 1. Teil dieser Arbeit.

dies der Nutzung des Internet nicht entgegen. Sie haben dann gem. Art. 6 CISG aufgrund ihrer Parteiautonomie die Möglichkeit, die Wirkungen des Art. 13 CISG zu verändern. Selbst bei Vereinbarung einer Form steht ihnen also frei, eine klare Aussage dahingehend zu treffen, dass auch eine elektronische Erklärung dem Formerfordernis genügen soll. Haben die Parteien hingegen bewusst die strenge Schriftform vereinbart, so besteht kein Anlass, auch eine elektronische Erklärung unter diese Form zu subsumieren.

b) Ergebnis

Nach alledem ist es nicht angebracht, für die Schriftform selbst im Hinblick auf moderne technische Übertragungsmöglichkeiten neue Voraussetzungen zu entwerfen. Vielmehr deutet der Umstand, dass die Parteien überhaupt eine Form vereinbaren, gerade auf den Wunsch nach einer strengen Einhaltung der Schriftform hin. Andernfalls würde die Vereinbarung gänzlich unterbleiben. An den Voraussetzungen der Verkörperung und der Erkennbarkeit des Urhebers ist insofern festzuhalten. Folglich kann eine elektronische Erklärung der Schriftform nicht gerecht werden. Sofern die Parteien die Schriftform vereinbart haben, können sie wirksame Erklärungen nicht via Internet abgeben.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Anwendung der Vorschriften des UN-Kaufrechts auf Verträge, die im Internet abgeschlossen wurden, letztlich nur ein Internetspezifisches Problem aufwirft. Es handelt sich insoweit um die Voraussetzung des Art. 1 Abs. 2 CISG, der zufolge das Übereinkommen nur dann Anwendung findet, wenn die Tatsache, dass die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, erkennbar ist. Die Erkennbarkeit ist bei einem Vertragsschluss im Internet fraglich. Insofern kann die Anwendbarkeit des CISG auf elektronische Verträge in Einzelfällen an dieser Voraussetzung scheitern.

Hingegen scheitert die Anwendung des UN-Kaufrechts auf solche Verträge, die im Internet abgeschlossen werden, nicht etwa an möglichen Formvorschriften. Hier erweist es sich als Vorteil, dass das UN-Kaufrecht in Art. 11 CISG den Grundsatz der Formfreiheit festgeschrieben hat.

Zahlreiche andere Probleme der Rechtsanwendung haben ihre Ursache in den grundlegenden Unklarheiten, die nach wie vor innerhalb der Voraussetzungen einzelner Vorschriften des Übereinkommens bestehen. Schließlich ergeben sich Streitigkeiten vereinzelt auch daraus,

dass das UN-Kaufrecht für manche Probleme überhaupt keine ausdrückliche Regelung bereithält.

C. Bestimmung des anwendbaren Rechts anhand der Vorschriften des EGBGB

Im Anschluss an die Prüfung, ob das UN-Kaufrecht als internationales Einheitsrecht auf den Vertrag Anwendung findet, ist anhand der Kollisionsnormen des Forumstaates festzustellen, welches nationale Recht an den Vertrag anzuknüpfen ist. Ist die Anwendung des CISG gänzlich zu verneinen, regelt das nationale Recht alle rechtlichen Fragestellungen, die sich aus dem Vertrag ergeben. Ist das UN-Kaufrecht hingegen selbst auf den Vertrag anwendbar, so kann das nationale Recht nur jene Bereiche regeln, die nicht dem Regelungsumfang des CISG unterfallen, der sich aus Art. 4 CISG ergibt.¹⁶⁴

Für den Gang der Untersuchung wurde bereits oben unterstellt, dass ein deutsches Gericht für den Rechtsstreit zuständig ist und anhand der deutschen Kollisionsnormen über die Frage nach dem anwendbaren Recht entscheidet. Im Folgenden ist daher auf jene deutschen Kollisionsnormen einzugehen, anhand derer die Anknüpfung des nationalen Rechts auf einen Vertrag vorgenommen wird. Es handelt sich dabei um die Artt. 27-37 EGBGB. Zu klären ist, welche Rechtsprobleme sich bei der Anwendung dieser Normen auf Verträge im Internet stellen.

I. Allgemeines

Mit den Artt. 27-37 EGBGB sind die Vorschriften des Römischen EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 (EVÜ)¹⁶⁵ – mit einigen redaktionellen Änderungen – in das deutsche Recht übernommen worden. Diesem EG-Schuldvertragsübereinkommen sind inzwischen auch alle anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union beigetreten.¹⁶⁶

Durch die Eingliederung der Vorschriften des EVÜ in das deutsche EGBGB ist bei der innerstaatlichen Rechtsanwendung ein Rückgriff auf die Vorschriften des Übereinkommens selbst ausgeschlossen.¹⁶⁷ Gem. Art. 36 EGBGB ist jedoch bei der Auslegung und Anwendung der Artt. 27 ff. EGBGB deren staatsvertraglicher Hintergrund zu berücksichtigen. Insbesondere

¹⁶⁴ Vgl. Abschnitt B I 4 im 2. Teil dieser Arbeit.

¹⁶⁵ BGBl. 1986 II, S. 810.

¹⁶⁶ Vgl. die Beitrittsabkommen vom 18. Mai 1992, BGBl. 1995 II, S. 307, vom 29. November 1996, ABl. EG Nr. C 15 vom 15.1.1997, S. 10, und vom 14. April 2005.

¹⁶⁷ Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Vorbem zu Art. 27 EGBGB Rn. 1; Staudinger-Magnus, Vorbem zu Art. 27-37 EGBGB Rn. 28.

re ist dabei die mit dem EG-Schuldvertragsübereinkommen angestrebte Rechtsvereinheitlichung zu fördern.¹⁶⁸ Die Vertragsstaaten des EVÜ haben sich in zwei Zusatzprotokollen zum EVÜ¹⁶⁹ darauf geeinigt, dass der EuGH die Zuständigkeit für die Auslegung des EVÜ erhalten solle. Eine verbindliche Auslegung der Regelungen des EVÜ durch den EuGH, die etwa mit der Auslegungskompetenz des EuGH für das EuGVÜ vergleichbar ist, ist allerdings erst seit August 2004 möglich.¹⁷⁰ Vorher bestand diese Möglichkeit mangels hinreichender Zahl an Ratifikationen der beiden Protokolle nicht.¹⁷¹ Erst die Ratifikation durch Belgien im Mai 2004¹⁷² hat das Inkrafttreten der Auslegungsprotokolle zum 1. August 2004 herbeigeführt.

Die bestehende Rechtslage könnte sich wiederum ändern, wenn die Vorschriften des EVÜ im Zuge einer Reform in eine EG-Verordnung überführt würden – wie es auch bei der EuGVVO geschehen ist. So ist eine Reform des EVÜ seit dem Amsterdamer Vertrag von 1998 im Gespräch.¹⁷³ Insbesondere eine Überführung des EVÜ in eine Verordnung wird dabei erwogen.¹⁷⁴ Konkrete Änderungsvorschläge sind allerdings bisher lediglich von der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht unterbreitet worden.¹⁷⁵ Aufgrund der unmittelbaren Geltung einer EG-Verordnung in den Mitgliedstaaten würden die Regelungen der Artt. 27 ff. EGBGB dann gegenstandslos. Eine Auslegungskompetenz des EuGH würde sich direkt aus dem EG-Vertrag, nämlich aus Art. 234 EG ergeben.

II. Rechtswahl gem. Art. 27 EGBGB

Das Internationale Schuldvertragsrecht wird vom Grundsatz der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie beherrscht, d.h. von der Freiheit der Parteien, das für ihre Vertragsbeziehungen

¹⁶⁸ Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Vorbem zu Art. 27 EGBGB Rn. 1.

¹⁶⁹ Erstes Brüsseler Protokoll betreffend die Auslegung des am 19. Juni 1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegten Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Dezember 1988, BGBl. 1995 II, S. 916; Zweites Brüsseler Protokoll zur Übertragung bestimmter Zuständigkeiten für die Auslegung des am 19. Juni 1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegten Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht auf den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Dezember 1988, BGBl. 1995 II, S. 923.

¹⁷⁰ Jayme/Kohler, IPRax 2004, 481 (491f.); Wagner, NJW 2005, 1754 (1755)..

¹⁷¹ Vgl. Staudinger-Magnus, Vorbem zu Art. 27-37 EGBGB Rn. 31.

¹⁷² BGBl. 2005 II, S. 149.

¹⁷³ Vgl. den Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrages über den Ausbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EG Nr. C 19 vom 23.1.1999, S. 10, dort Rn. 40c; außerdem das Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM (2002) 654 vom 14.1.2003. Vgl. dazu Mankowski, ZEuP 2003, 483 ff.; Rott, EuZW 2005, 167 (169f.).

¹⁷⁴ Vgl. das Grünbuch, KOM (2002) 654 vom 14.1.2003, S. 19; ferner KOM (2000) 167 vom 24.3.2000, S. 17.

¹⁷⁵ Abgedruckt bei Staudinger-Magnus, Vorbem zu Art. 27-37 EGBGB Rn. 32 (englische Fassung), sowie in IPRax 2001, 64f. (französische Fassung).

maßgebliche Recht selbst zu bestimmen.¹⁷⁶ Im deutschen Kollisionsrecht findet sich dieser Grundsatz der freien Rechtswahl in Art. 27 EGBGB: Gem. Art. 27 Abs. 1 EGBGB unterliegt der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Nach herrschender Meinung kann dabei sogar das anzuwendende Kollisionsrecht von den Parteien frei gewählt werden.¹⁷⁷

Zu untersuchen ist, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB Gültigkeit erlangt.

1. Wirksamkeit der Rechtswahl

Die Rechtswahl stellt selbst einen kollisionsrechtlichen Verweisungsvertrag dar, welcher ein dem deutschen Kollisionsrecht zugehöriger Vertrag eigener Art ist.¹⁷⁸

Gem. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB kann eine Rechtswahl ausdrücklich oder stillschweigend vorgenommen werden. Das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Vereinbarung unterliegen dabei gem. Art. 27 Abs. 4 iVm. Art. 31 Abs. 1 EGBGB dem von den Parteien gewählten Recht. Die *Lex fori* ist also nicht maßgeblich.¹⁷⁹ Ebenso wenig ist die Wirksamkeit des materiellen Vertrages für die Wirksamkeit der Rechtswahl von Belang.¹⁸⁰ Hingegen ist neben dem von den Parteien gewählten Recht bei der Frage des Zustandekommens der Willenseinigung gem. Art. 27 Abs. 4 iVm. Art. 31 Abs. 2 EGBGB auch das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts zu berücksichtigen: Ergibt sich aus den Umständen, dass es nicht gerechtfertigt wäre, die Wirkung des Verhaltens einer Partei nach dem gewählten Recht 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.

Diejenige Partei, die auf das Rechtswahlangebot der anderen Partei mit einer Annahme oder Ablehnung reagieren muss, kann sich diese Regelung etwa dann zunutze machen, wenn sie auf das Angebot geschwiegen hat: Sofern Schweigen nach dem Vertragsstatut die rechtliche Bedeutung einer Zustimmung hat, nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthaltsortes der zustimmenden Partei jedoch als Ablehnung angesehen wird, kann die Partei ihre fehlende Zustimmung gem. Art. 27 Abs. 4 iVm. Art. 31 Abs. 2 EGBGB unter Hinweis auf

¹⁷⁶ Soergel-v.Hoffmann, Art. 27 EGBGB Rn. 4; Heiderhoff, JA 2002, 246 (247); Staudinger-Magnus, Art. 27 EGBGB Rn. 22; MK-BGB-Martiny, Art. 27 EGBGB Rn. 1; Sandrock, RIW 1994, 381 (385).

¹⁷⁷ Junker, IPR, Rn. 350; Schröder, IPRax 1987, 90 (92); Erman-Hohloch, Art. 35 EGBGB Rn. 2; Soergel-v.Hoffmann, Art. 35 EGBGB Rn. 7; Staudinger-Magnus, Art. 27 EGBGB Rn. 8; MK-BGB-Martiny, Art. 35 EGBGB Rn. 5; Rauscher, NJW 1988, 2151 (2153). Anderer Ansicht aber Kartzke, IPRax 1988, 8 (8); Kropholler, IPR, § 24 II 5; Lorenz, IPRax 1987, 269 (276).

¹⁷⁸ V.Bar, IPR Bd. 2, Rn. 416, 460; Junker, IPR, Rn. 344.

¹⁷⁹ Junker, IPR, Rn. 349; Heiderhoff, JA 2002, 246 (247); Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 27 EGBGB Rn. 8.

¹⁸⁰ BGH JZ 1963, 167 (168); Meyer-Sparenberg, RIW 1989, 347 (349); Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 27 EGBGB Rn. 8.

das Recht am Aufenthaltsort erfolgreich einwenden.¹⁸¹ Eine Willenseinigung der Parteien hinsichtlich der Rechtswahl ist dann nicht erfolgt.

Etwaige Formerfordernisse in Bezug auf die Rechtswahl beurteilen sich unter Zugrundelegung des Art. 11 Abs. 1 EGBGB entweder nach dem Recht, das auf die Rechtswahl selbst anzuwenden ist, oder aber nach dem Recht des Staates, in dem die Rechtswahl vorgenommen wird. Auf diese Vorschrift wird an anderer Stelle noch ausführlich eingegangen.¹⁸²

a) Ausdrückliche Rechtswahl gem. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 EGBGB

Zunächst ist das wirksame Zustandekommen einer ausdrücklichen Rechtswahl zu betrachten. Eine ausdrückliche Rechtswahl kann sowohl in einer einzelnen Bestimmung im zugrunde liegenden materiellen Vertrag als auch in einer gesonderten Vereinbarung erfolgen.¹⁸³ Die erforderliche Einigung der Parteien ist dabei grundsätzlich auch via Internet möglich. Zum einen können die Parteien ihre Willenserklärungen via Email abgeben. Zum anderen ist denkbar, dass eine Partei eine Rechtswahlklausel in AGB verwendet und die andere Partei der Einbeziehung dieser AGB per Mausklick auf dem elektronischen Bestellformular einer kommerziellen Webseite zustimmt.

Allerdings ist zu beachten, dass das wirksame Zustandekommen der Vereinbarung einer Rechtswahl letztlich anhand des gewählten nationalen Rechts zu beurteilen ist. Insofern können sich besondere Rechtsanwendungsprobleme, die auf dem elektronischen Vertragsschluss beruhen, bei der Anwendung der nationalen Vorschriften über den Vertragsabschluss stellen. Zu denken ist etwa an das Problem des Zugangs einer elektronischen Willenserklärung oder an die wirksame Einbeziehung einer Rechtswahlklausel in AGB. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden exemplarisch erörtert werden, welche Rechtsanwendungsprobleme sich stellen, wenn die Parteien das deutsche Recht gewählt haben und sich das wirksame Zustandekommen der Rechtswahl mithin nach den deutschen Normen über den Vertragsschluss beurteilt.

aa) Exkurs: Wirksamkeit einer ausdrücklichen Rechtswahl nach deutschem Recht

Wurde deutsches Recht als Vertragsstatut gewählt, so gelten für das wirksame Zustandekommen des Rechtswahlvertrages die §§ 145 ff. BGB. Eine wirksame Rechtswahl setzt folglich voraus, dass Antrag und Annahme gem. §§ 145 ff. BGB wirksam erklärt werden. Für das

¹⁸¹ BGHZ 135, 124 (137); *Heiderhoff*, JA 2002, 246 (246); MK-BGB-*Martiny*, Art. 27 EGBGB Rn. 86.

¹⁸² Vgl. dazu unten Abschnitt C VII 1 im 2. Teil dieser Arbeit.

¹⁸³ *V.Bar*, IPR Bd. 2, Rn. 473; Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 31 EGBGB Rn. 1.

Wirksamwerden der Willenserklärungen sind wiederum die deutschen Zugangsregeln zu berücksichtigen. Als Vorfrage soll daher zunächst darauf eingegangen werden, wann elektronisch übermittelte Willenserklärungen unter Zugrundelegung der deutschen Zugangsregeln wirksam werden. Anschließend ist zu untersuchen, auf welche Weise der Vertrag selbst via Internet zustande kommen kann.

(1) Wirksamwerden elektronisch übermittelter Willenserklärungen durch Zugang

Zuallererst gilt es zu klären, wann eine Willenserklärung, die via Internet abgegeben wird, wirksam wird. Zu denken ist hier sowohl an eine Willenserklärung in einer Email als auch an eine Willenserklärung, die nach dem Ausfüllen eines Formulars auf einer Webseite online übermittelt wird.¹⁸⁴ Dass eine Willenserklärung auch per Mausklick abgegeben und wirksam werden kann, wird schon in der Literatur seit langem vertreten¹⁸⁵ und ist inzwischen auch von der Rechtsprechung bestätigt worden¹⁸⁶. In beiden Fällen handelt es sich um die Abgabe von Willenserklärungen gegenüber Abwesenden iSd. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB.¹⁸⁷ Der Umstand, dass es sich um elektronische Erklärungen handelt, steht der Anwendung dieser Vorschrift grundsätzlich nicht entgegen.¹⁸⁸

Gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB werden Willenserklärungen gegenüber Abwesenden in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie zugehen. Fraglich ist, wann eine Willenserklärung zugeht, die via Internet versandt wird. Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln ist eine Willenserklärung dann zugegangen, wenn sie dergestalt in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann und unter normalen Umständen mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist.¹⁸⁹ Im vorliegenden Kontext ist außerdem die besondere Zugangsregelung des § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB heranzuziehen. Danach gelten bei einem Vertragsabschluss im elektronischen Geschäftsverkehr iSd. § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB, der

¹⁸⁴ Der wesentlich seltenere Fall, dass die Parteien im Internet eine Dialog-Kommunikation vornehmen, indem sie zur gleichen Zeit online sind und miteinander Texte austauschen, wird im Folgenden nicht näher betrachtet. Vgl. zur Frage, ob es sich hierbei um die Abgabe von Willenserklärungen unter Anwesenden oder unter Abwesenden handelt: *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165 (166); *Fritzsche/Malzer*, DNotZ 1995, 3 (11); *Geis*, NJW 1997, 3000 (3000); *v.Herget/Reimer*, DSStR 1996, 1288 (1291); *Heun*, CR 1994, 595 (598); *Rott*, NJW-CoR 1998, 420 (422); *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839 (841): Willenserklärungen unter Anwesenden. Anderer Ansicht *Czeguhn*, JA 2001, 708 (710); *Fringuelli/Wallhäuser*, CR 1999, 93 (98): Willenserklärungen unter Abwesenden.

¹⁸⁵ *Czeguhn*, JA 2001, 708 (708); *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165 (165); *Lauktien/Varadinek*, ZUM 2000, 466 (467); *Rott*, NJW-CoR 1998, 420 (420); *Krüger/Bütter*, WM 2001, 221 (221); *Ulmer*, CR 2002, 208 (208).

¹⁸⁶ BGH MMR 2002, 95 (96); OLG Hamm, NJW 2001, 1142 (1142).

¹⁸⁷ *Nowak*, MDR 2001, 841 (842); *Petersen*, Jura 2002, 387 (387); *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839 (841); *Vehslage*, DB 2000, 1801 (1804).

¹⁸⁸ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 312b BGB Rn. 4.

¹⁸⁹ BGHZ 67, 271 (275); NJW 1980, 990 (990); *Brox*, Rn. 149; *Medicus*, Rn. 46; Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 130 BGB Rn. 5.

gem. § 312e Abs. 2 Satz 1 BGB nicht ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wurde, eine Bestellung und eine Empfangsbestätigung dann als zugegangen, wenn die Partei, für die sie bestimmt sind, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen können. Zu überlegen ist, ob diese Vorschrift als spezielle Zugangsregelung für elektronisch abgeschlossene Verträge auch auf einen im Internet abgeschlossenen Rechtswahlvertrag Anwendung findet, der im Zusammenhang mit einer elektronischen Warenbestellung zustande kommt.

(a) Anwendbarkeit der Zugangsregelung des § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB

Gegen die Anwendbarkeit der Zugangsregelung des § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB ist jedoch zunächst einzuwenden, dass der Rechtswahlvertrag keinen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr darstellt. Nach der Definition des § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB muss ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Dies trifft auf den Rechtswahlvertrag nicht zu. Zwar mag der zugrunde liegende Hauptvertrag ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr iSd. § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB sein. Der Rechtswahlvertrag selbst ist jedoch ein kollisionsrechtlicher Vertrag eigener Art, der von den Wirksamkeitsvoraussetzungen des zugrunde liegenden materiellen Vertrages, bezüglich dessen er abgeschlossen wird, unabhängig ist.¹⁹⁰ Selbst wenn also der materielle Vertrag für sich genommen der Vorschrift des § 312e BGB unterfällt, so dürfen dessen Wirksamkeitsvoraussetzungen dennoch nicht auf den dazugehörigen Rechtswahlvertrag übertragen werden.

(aa) Anwendbarkeit auf sämtliche elektronisch abgeschlossenen Verträge

Zu fragen ist allenfalls, ob die Vorschrift des § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB als spezielle Zugangsregelung für den elektronischen Geschäftsverkehr auch auf alle sonstigen elektronisch abgeschlossenen Verträge Anwendung finden soll. Dagegen spricht jedoch zweierlei. Zum einen ist zu bedenken, dass die Vorschrift sogar innerhalb der Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr iSd. § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB keine allgemeine Geltung beansprucht. Dies wird an dem Ausschlussstatbestand des § 312e Abs. 2 Satz 1 BGB deutlich: Die Zugangsregelung des § 312 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt nur für solche Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, die nicht ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wurden. Auf Verträge, die durch individuelle Kommunikation zustande gekommen sind, ist sie folglich

¹⁹⁰ Vgl. Abschnitt C II 1 im 2. Teil dieser Arbeit.

nicht anwendbar, selbst wenn jene an sich ebenfalls dem elektronischen Geschäftsverkehr zuzurechnen sind.

Zum anderen ist gegen die allgemeine Geltung der Norm anzuführen, dass sie nicht etwa im Ersten Buch, d.h. im Allgemeinen Teil des BGB angesiedelt ist, in dem sich in Titel 2 die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen befinden, sondern in den Vorschriften des Zweiten Buches, Titel 1, Untertitel 2 über die Begründung eines Schuldverhältnisses bei besonderen Vertriebsformen. Die Zugangsregelung ist demnach nur für diejenigen Fälle geschaffen worden, die der im Gesetz definierten besonderen Vertriebsform, d.h. dem „Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr“ iSd. § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechen. Wie bereits erwähnt, unterfällt ein Rechtswahlvertrag dieser Definition jedoch nicht.

(bb) Ergebnis

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass bei Abschluss des Rechtswahlvertrages auch dann nicht auf die Zugangsregelung des § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB zurückgegriffen werden darf, wenn dieser auf elektronischem Wege zustande kommt. § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB gilt vielmehr nur für solche Verträge, die als Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr der Definition des § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB unterfallen.

Ohnehin fragt sich, welchen eigenen Regelungsgehalt die Vorschrift des § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB überhaupt hat. Angesichts der Formulierung „gelten als zugegangen“ ist davon auszugehen, dass es sich um eine *Zugangsfiktion* handelt.¹⁹¹ Liegen aber die Voraussetzungen des § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB vor, so ist der „Zugang“ einer Bestellung tatsächlich erfolgt. Einer Fiktion bedarf es also gar nicht mehr.¹⁹² Im Übrigen nennt § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB für die Zugangsfiktion eigentlich keine anderen Voraussetzungen als die des allgemeinen zivilrechtlichen Zugangsbegriffes, wenn auch speziell auf elektronische Willenserklärungen zugeschnitten. Statt als eigenständige Regelung erscheint § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB insofern eher als eine Norm, die lediglich der Klarstellung dient.¹⁹³

¹⁹¹ *Fuchs*, in: Spindler (Hrsg.), S. 97 (157), dort Rn. 387.

¹⁹² So auch Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 312e BGB Rn. 7; ähnlich *Schneider*, K&R 2001, 344 (347).

¹⁹³ Ebenso *Glatt*, ZUM 2001, 390 (394) (bzgl. Art. 11 ECRL); *Hassemer*, MMR 2001, 635 (637); *Schneider*, K&R 2001, 344 (347). Vgl. auch die Begr. zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, in der es heißt, § 312e Abs. 1 Satz 2 BGB entspreche „der Rechtsprechung zum Zugang einer Willenserklärung in § 130“: BT-Drucks. 14/6040, S. 172.

(b) Allgemeine Voraussetzungen des Zugangs

Nach alledem finden auf den Zugang der Willenserklärungen zum Abschluss eines Rechtswahlvertrages die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln Anwendung. Auf sie ist im Folgenden näher einzugehen.

(aa) Machtbereich des Empfängers

Die Willenserklärung muss zunächst in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein. Hinsichtlich des Machtbereichs des Empfängers ist zwischen einer Willenserklärung per E-mail einerseits und einer Willenserklärung per Mausklick auf einer kommerziellen Webseite im WWW andererseits zu unterscheiden.

Eine Willenserklärung, die in einer Email abgegeben wird, wird in der Regel unter Inanspruchnahme der Dienste des Providers des Absenders und des Empfängers übermittelt. Sie befindet sich demnach erst dann im Machtbereich des Empfängers, wenn sie abrufbereit in dessen elektronischem Postfach abgelegt wurde, d.h. wenn sie auf dem Mail-Server seines Providers als Datei abgespeichert und zum Abruf bereitgehalten wird.¹⁹⁴ Zum Machtbereich des Empfängers gehört das Email-Postfach zumindest dann, wenn die Email-Adresse nach außen bekannt gemacht wurde – etwa auf Webseiten, Briefbögen und Visitenkarten – oder bereits im Rahmen einer elektronischen Kommunikation verwendet wurde, wenn also das Email-Postfach für Außenstehende erkennbar als allgemeine Empfangsvorrichtung für elektronische Nachrichten gewidmet wurde.¹⁹⁵

Eine Willenserklärung, die per Mausklick auf einer kommerziellen Webseite erfolgt und im WWW übermittelt wird, wird hingegen direkt vom Computer des Erklärenden an den Empfänger übertragen, ohne dass sie zwischenzeitlich auf dem Mail-Server irgendeines Providers abgelegt wird. Sie gelangt dann in den Machtbereich des Empfängers, wenn sie bei der Übertragung die interne Schnittstelle zur Anlage des Empfängers passiert hat.¹⁹⁶ Dabei handelt es sich üblicherweise um die Telefondose, an welche der Empfänger seine EDV-Anlage

¹⁹⁴ *Czeguhn*, JA 2001, 708 (710); *Thot/Gimmy*, in: Kröger/Gimmy (Hrsg.), S. 3 (8); *Hoffmann*, NJW 2001, Beilage zu Heft 14, S. 7; *Krüger/Bütter*, WM 2001, 221 (227); *Mehrigs*, MMR 1998, 30 (33); *Scherer/Butt*, DB 2000, 1009 (1013); *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839 (841). Für Zugang erst im Zeitpunkt des tatsächlichen Abrufs der Email hingegen *Dietrich*, K&R 2002, 138 (141). Unklar *Herwig*, MMR 2001, 145 (146).

¹⁹⁵ *Krüger/Bütter*, WM 2001, 221 (227); *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839 (841); *Ultsch*, NJW 1997, 3007 (3007); *ders.*, DZWir 1997, 466 (468); *Vehslage*, DB 2000, 1801 (1804). Anderer Ansicht *Dietrich*, K&R 2002, 138 (140f.).

¹⁹⁶ *Dietrich*, K&R 2002, 138 (142); *Heun*, CR 1994, 595 (597); *Mehrigs*, MMR 1998, 30 (33); *Scherer/Butt*, DB 2000, 1009 (1012).

mit dem dafür benötigten Kabel anschließt, um eine Verbindung ins Internet aufbauen zu können.¹⁹⁷

(bb) Zeitpunkt des Zugangs

Der Zeitpunkt des Zugangs richtet sich danach, wann der Empfänger tatsächlich Kenntnis nehmen kann und wann mit der Kenntnisnahme unter normalen Umständen auch zu rechnen ist. Dies bedarf bei elektronischen Willenserklärungen genauerer Betrachtung. Zu unterscheiden ist insoweit zwischen einer Willenserklärung per Email und einer Willenserklärung, die im WWW direkt übermittelt wird.

(aaa) Willenserklärung per Email

Eine Email-Kommunikation kann sowohl ein Geschäftsmann als auch eine Privatperson vornehmen. An einen Geschäftsmann werden jedoch hinsichtlich der Überprüfung seines Email-Postfachs andere Anforderungen gestellt als an eine Privatperson. Insofern ist für den Zeitpunkt des Zugangs zu differenzieren zwischen einer Willenserklärung an einen Geschäftsmann einerseits und an eine Privatperson andererseits.

(α) Geschäftsmann als Erklärungsempfänger

Von einem Geschäftsmann wird im Email-Verkehr erwartet, dass er den Eingang neuer Emails während der Arbeitszeit regelmäßig überprüft. Zwar wird man nicht davon ausgehen können, dass jeder Geschäftsmann während der Geschäftszeit eine permanente Internet-Verbindung, d.h. eine sogenannte Standleitung, unterhält und sich eingehende Emails von seinem Provider automatisch auf den eigenen Computer weiterleiten lässt, so dass mit quasi sofortiger Möglichkeit der Kenntnisnahme einer Email nach deren Abschicken gerechnet werden könnte. Jedoch wird man üblicherweise erwarten können, dass ein Geschäftsmann sein Email-Postfach während seiner Geschäftszeit mehrfach täglich und in regelmäßigen Abständen auf neue Nachrichten überprüft.¹⁹⁸ Hinsichtlich einer Email, die während der Geschäftsstunden an ihn versandt und im Email-Postfach seines Providers abgelegt wurde, ist somit an demselben Arbeitstag, und zwar spätestens zum Zeitpunkt des Geschäftsschlusses, mit der

¹⁹⁷ Heun, CR 1994, 595 (597).

¹⁹⁸ Köhler/Arndt, S. 67; Mehrings, MMR 1998, 30 (33); Scherer/Butt, DB 2000, 1009 (1013).

Kenntnisnahme zu rechnen.¹⁹⁹ Wird sie hingegen zur Unzeit, d.h. nach Geschäftsschluss des Empfängers abgeschickt, so ist die Möglichkeit der Kenntnisnahme erst am folgenden Geschäftstag mit Beginn von dessen Geschäftszeit gegeben.²⁰⁰ Ein Abschicken zur Unzeit erfolgt gerade im internationalen Geschäftsverkehr nicht selten, weil die Parteien in weit auseinanderliegenden Zeitzonen ansässig sein können. Abhängig von dem Zeitpunkt des Absendens der Email geht eine Willenserklärung an einen Geschäftsmann somit entweder während der Geschäftsstunden an demselben Arbeitstag oder aber am folgenden Arbeitstag zu.

(β) Privatperson als Erklärungsempfänger

Von einer Privatperson kann im Email-Verkehr hingegen nicht erwartet werden, dass sie den Eingang von Emails mehrfach täglich überprüft.²⁰¹ Es ist also nicht damit zu rechnen, dass eine Privatperson ihr Email-Postfach öfter als einmal täglich leert.²⁰² Da aber selbst bei täglicher Beachtung der Emails unklar ist, zu welcher Tageszeit das Email-Postfach überprüft wird, darf der Absender nicht damit rechnen, dass seine Email zwingend noch im Verlauf desselben Tages zur Kenntnis genommen wird, an dem sie versandt wurde. Dies gilt selbst dann nicht, wenn der Erklärende die Email zu einer gewöhnlichen Tageszeit abgeschickt hat. Jedoch darf er davon ausgehen, dass der Empfänger die Nachricht spätestens am folgenden Tag zur Kenntnis nimmt. Der Zugang einer Willenserklärung via Email an einen Privaten erfolgt also unter normalen Umständen am Tag nach dem Absenden der Mail.²⁰³

(bbb) Willenserklärung per Mausklick im WWW

Hinsichtlich einer Willenserklärung, die per Mausklick auf einer Webseite abgegeben wird und im WWW direkt übermittelt wird, muss bei realistischer Betrachtungsweise nicht zwischen einem Geschäftsmann und einer Privatperson als Erklärungsempfänger unterschied-

¹⁹⁹ *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165 (166); *Köhler/Arndt*, S. 67; *Krüger/Bütter*, WM 2001, 221 (228); *Utsch*, NJW 1997, 3007 (3008).

²⁰⁰ *Krüger/Bütter*, WM 2001, 221 (228); *Schneider*, K&R 2001, 344 (346f.); *Utsch*, NJW 1997, 3007 (3008); *ders.*, DZWir 1997, 466 (468).

²⁰¹ *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165 (166); *Kaiser/Voigt*, K&R 1999, 165 (166); *Köhler/Arndt*, S. 67f.; *Mehrings*, MMR 1998, 30 (33).

²⁰² Für noch mildere Maßstäbe spricht sich *Vehslage* aus: Bereits die tägliche Beachtung der Emails hält er in Bezug auf eine Privatperson für unzumutbar. Vgl. *Vehslage*, DB 2000, 1801 (1804).

²⁰³ *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165 (166); *ders.*, BB 1997, 1057 (1057); *Fringuelli/Wallhäuser*, CR 1999, 93 (99); *Thot/Gimmy*, in: *Kröger/Gimmy* (Hrsg.), S. 3 (9); *Kaiser/Voigt*, K&R 1999, 445 (447); *Scherer/Butt*, DB 2000, 1009 (1013).

den werden. Erklärungen per Mausklick werden üblicherweise nur von kommerziellen Webseiten aus verschickt, so dass der Erklärungsempfänger regelmäßig ein Geschäftsmann ist.

Oben wurde bereits erwähnt, dass eine Willenserklärung, die per Mausklick abgegeben wird, mit Passieren der internen Schnittstelle derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht.²⁰⁴ Die interne Schnittstelle kann aber nur dann passiert werden, wenn eine Verbindung zwischen der EDV-Anlage des Empfängers und dem Internet besteht. Wie an anderer Stelle erörtert, erfolgt die Einwahl ins Internet im Geschäftsverkehr üblicherweise in regelmäßigen Abständen während der Geschäftszeit des Empfängers.²⁰⁵ Außerhalb der Geschäftsstunden besteht hingegen keine Verbindung ins Internet, so dass die interne Schnittstelle auch nicht passiert werden kann. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme ist folglich nur dann gegeben, wenn der Empfänger eine Verbindung zum Internet unterhält, also während seiner Geschäftsstunden.²⁰⁶ Nur dann ist unter normalen Umständen auch mit der Kenntnisnahme zu rechnen. Wird also eine Erklärung innerhalb der Geschäftszeit des Empfängers an diesen abgeschickt, so kann sie die interne Schnittstelle noch während der Geschäftsstunden passieren, und die Kenntnisnahme ist auch zu erwarten. Wird eine Erklärung hingegen außerhalb der Geschäftsstunden übermittelt, so kann sie die interne Schnittstelle erst am nächsten Tag mit Beginn der Geschäftszeit passieren, wenn die Verbindung ins Internet wieder hergestellt wird. Je nachdem, ob eine Erklärung während oder außerhalb der Geschäftszeiten verschickt wird, erfolgt der Zugang somit entweder noch am gleichen Tag oder aber erst am folgenden Arbeitstag.

(α) Vorhandensein einer Standleitung

Zu bedenken ist allerdings, dass zahlreiche Anbieter von Waren im Internet, die ihre Webseite schon so gestaltet haben, dass darauf Formulare zur Online-Übermittlung von Erklärungen zur Verfügung stehen, eine permanente Verbindung ins Internet aufrecht halten, also über eine Standleitung verfügen. Das bedeutet, dass die interne Schnittstelle zwischen dem Server des Anbieters in seinen Geschäftsräumen und dem Internet als solchem immer passierbar ist. Technisch ist folglich rund um die Uhr die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben.²⁰⁷ Jedoch ist unter normalen Umständen keinesfalls auch rund um die Uhr mit der Kenntnisnahme zu rechnen. Vielmehr ist bei Nutzung einer Standleitung davon auszugehen, dass nur eine Er-

²⁰⁴ Vgl. Abschnitt C II 1a aa (1) (b) (aa) im 2. Teil dieser Arbeit.

²⁰⁵ Vgl. Abschnitt C II 1a aa (1) (b) (bb) (aaa) (α) im 2. Teil dieser Arbeit.

²⁰⁶ Insoweit nicht nachvollziehbar *Scherer/Butt*, DB 2000, 1009 (1012): Technisch bestehe die Möglichkeit der Kenntnisnahme „rund um die Uhr“.

²⁰⁷ Für diesen Fall schließlich zutreffend *Scherer/Butt*, DB 2000, 1009 (1012).

klärung, die während der Geschäftszeiten des Empfängers abgegeben wird, bereits innerhalb weniger Augenblicke zur Kenntnis genommen wird, nachdem der Erklärende den Mausclick getätigt hat. Wird eine Erklärung hingegen außerhalb der Geschäftszeiten übertragen, so ist mit der Kenntnisnahme erst zu Beginn der Geschäftsstunden am folgenden Arbeitstag zu rechnen. Das Vorhandensein einer Standleitung ändert am Zeitpunkt des Zugangs demnach nichts.

(β) 24-Stunden-Service

Eine andere Beurteilung ist lediglich dann angebracht, wenn der Erklärungsempfänger einen 24-Stunden-Service unterhält, wie es bei vielen größeren Warenanbietern im Internet der Fall ist. In diesem Fall besteht die Verbindung zwischen der EDV-Anlage des Empfängers und dem Internet rund um die Uhr. Technisch besitzt der Erklärungsempfänger also auch hier permanent die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Der 24-Stunden-Service besteht darin, dass die eingehenden Erklärungen umgehend vollautomatisch bearbeitet werden. Ob die Erklärung innerhalb der herkömmlichen Geschäftszeiten oder zur Unzeit an den Anbieter übermittelt wird, macht insoweit keinen Unterschied.²⁰⁸ Letztlich erfolgt nämlich ohnehin keine Kenntnisnahme durch einen Menschen, sondern nur eine Erfassung und Verarbeitung der übermittelten Daten durch ein Computerprogramm. Dies geschieht unabhängig von gewöhnlichen Geschäftszeiten.

Für eine derartige automatisierte Bearbeitung von Daten im 24-Stunden-Service ist der Zugangsbegriff insofern zu modifizieren: Statt auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem mit der „Kenntnisnahme“ zu rechnen ist, ist das Augenmerk auf denjenigen Zeitpunkt zu richten, an dem mit der automatischen Verarbeitung der Daten zu rechnen ist.²⁰⁹ Die automatische Verarbeitung geschieht unter normalen Umständen sofort nach dem Passieren der internen Schnittstelle. Die Schnittstelle ist wiederum rund um die Uhr passierbar. Der Zugang einer Erklärung an einen Anbieter, der einen 24-Stunden-Service unterhält, erfolgt demnach unmittelbar nach dem Abschicken, ungeachtet dessen, ob dies während oder außerhalb herkömmlicher Geschäftszeiten vorgenommen wird.²¹⁰

²⁰⁸ Heun, CR 1994, 595 (598); Krüger/Bütter, WM 2001, 221 (228).

²⁰⁹ Mehrings, MMR 1998, 30 (33); Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (842). Die Unterscheidung von Taupitz/Kritter in Fn. 40, wonach es – entgegen Mehrings – nicht auf die bloße Möglichkeit, sondern auf die tatsächliche Weiterverarbeitung ankomme, dürfte in der Praxis nicht zu anderen Ergebnissen führen: Die EDV-Anlage ist üblicherweise so programmiert, dass eine Weiterverarbeitung sofort möglich ist und unter normalen Umständen auch sofort vorgenommen wird.

²¹⁰ Fritzsche/Malzer, DNotZ 1995, 3 (13); Scherer/Butt, DB 2000, 1009 (1012).

(cc) Ergebnis

Als Ergebnis ist demnach folgendes festzuhalten: Hinsichtlich des Zugangs einer Email ist danach zu differenzieren, ob der Empfänger eine Privatperson oder ein Geschäftsmann ist. Einer Privatperson geht eine Email am Tag nach dem Absenden zu. Einem Geschäftsmann geht eine Email entweder an demselben Arbeitstag zu, an dem sie verschickt wurde, oder aber am folgenden Arbeitstag. Dies ist davon abhängig, ob die Email zu den Geschäftszeiten des Empfängers oder zur Unzeit versandt wurde. Gleiches gilt im Übrigen für eine Erklärung, die per Mausklick von einer Webseite aus übermittelt wird: Auch sie geht entweder an demselben oder am folgenden Arbeitstag zu. Lediglich im 24-Stunden-Service ist anzunehmen, dass der Zugang einer Erklärung per Mausklick bereits unmittelbar nach dem Abschicken erfolgt.

(2) Zustandekommen des Rechtswahlvertrages gem. §§ 145 ff. BGB

Nachdem Klarheit darüber geschaffen worden ist, zu welchem Zeitpunkt eine Willenserklärung als solche durch Zugang wirksam wird, ist nun zu überprüfen, unter welchen Voraussetzungen der Rechtswahlvertrag selbst wirksam zustande kommt. Für das Zustandekommen eines Vertrages gelten im deutschen Recht die §§ 145 ff. BGB. Der Rechtswahlvertrag wird also durch Angebot und Annahme abgeschlossen. Hier ergeben sich kaum Besonderheiten durch den Umstand, dass Angebot und Annahme via Internet erklärt werden.

(a) Erklärung von Angebot und Annahme via Internet

Treffen die Parteien eine Rechtswahlvereinbarung im Rahmen einer Email-Korrespondenz, so lässt sich keine allgemeingültige Aussage darüber treffen, welche Partei üblicherweise das Angebot abgibt und welche Partei die Annahme erklärt. Dies ist abhängig von den Umständen der Vertragsverhandlungen im Einzelfall.

Wird die Rechtswahl hingegen abgeschlossen, indem der Kunde auf einer Webseite ein Formular mit einer Warenbestellung an den Anbieter übermittelt, das auch eine Aussage über eine Rechtswahl enthält, ist von folgendem auszugehen: In Bezug auf den Kaufvertrag, welcher der Rechtswahl zugrunde liegt, stellen die Warenofferten auf der Webseite des Anbieters mangels eines Rechtsbindungswillens des Anbieters nach deutscher Rechtsauffassung in der Regel bloß eine unverbindliche „*invitatio ad offerendum*“ dar, ebenso wie etwa Versandkataloge und Warenprospekte oder wie die Warenpräsentation und Schaufensterauslagen in Ge-

schäften.²¹¹ Das Vertragsangebot iSd. § 145 BGB wird demnach regelmäßig erst durch den Kunden abgegeben, indem er das ausgefüllte Bestellformular an den Anbieter übermittelt.²¹²

Auch ein etwaiger Hinweis auf der Webseite hinsichtlich der Wahl eines bestimmten Rechts ist mangels Rechtsbindungswillens des Anbieters folglich nicht als bindendes Angebot anzusehen: Der Anbieter würde sich kaum auf eine Rechtswahl festlegen wollen, bevor er überhaupt einen Willen zum Abschluss des Hauptvertrages gebildet hat. Mithin ist auch das Angebot zum Abschluss eines Rechtswahlvertrages in der Regel erst in dem vom Kunden ausgefüllten und übermittelten Bestellformular zu sehen, sofern selbiges überhaupt eine Aussage über eine Rechtswahl trifft. Der Anbieter erklärt dann die Annahme.

(b) Annahme unter Zugangsverzicht gem. § 151 Satz 1 BGB

Gerade in dieser Konstellation kommt auf den ersten Blick auch eine konkludente Annahme unter Zugangsverzicht gem. § 151 Satz 1 BGB in Betracht. Befremdlich mag zwar auf den ersten Blick erscheinen, dass die Möglichkeit einer konkludenten Annahme in der vorliegenden Arbeit innerhalb der Darstellung einer „ausdrücklichen“ Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB erörtert wird. Es ist jedoch zu differenzieren: Die Rechtswahl selbst ist bereits deswegen „ausdrücklich“ iSd. Kollisionsrechts, weil sie explizit in dem Vertragsangebot enthalten ist.²¹³ Die Frage, wie dieses ausdrückliche Angebot zum Abschluss eines Rechtswahlvertrages wirksam angenommen wird, ist hingegen eine Frage des auf den Rechtswahlvertrages anwendbaren nationalen Rechts, also im hiesigen Kontext des deutschen Rechts. Bei der Betrachtung der Voraussetzungen einer wirksamen Annahme ist demnach auch die deutsche Rechtsnorm in § 151 Satz 1 BGB durchaus heranzuziehen.

Voraussetzung des § 151 Satz 1 BGB ist, dass die ausdrückliche Erklärung der Annahme nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. In einer Email-Kommunikation der Vertragsparteien ist dies nicht der Fall. Das Austauschen von Emails zum Zwecke eines Vertragsabschlusses unterliegt keinen besonderen Gepflogenheiten. Demnach besteht auch keine Ver-

²¹¹ *Arndt/Köhler*, EWS 2001,102 (108); *Ernst*, BB 1997, 1057 (1057); *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (371); *Kaiser/Voigt*, K&R 1999, 445 (446); *Köhler*, NJW 1998, 185 (187); *Löhnig*, NJW 1997, 1688 (1688); *Moritz*, CR 2000, 61 (62); *Scherer/Butt*, DB 2000, 1009 (1012); *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839 (840); *Ultsch*, DZWIR 1997, 466 (467); *Lauktien/Varadinek*, ZUM 2000, 466 (467); *Waldenberger*, BB 1996, 2365 (2365). Anderer Ansicht *Mehring*, BB 1998, 2373 (2375); *ders.*, MMR 1998, 30 (32).

Anderes dürfte bei einer vollautomatischen Vertragsabwicklung gelten, etwa beim Herunterladen von Software: Angebot ad incertis personas. Vgl. dazu *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165 (165); *ders.*, BB 1997, 1057 (1057); *Thot/Gimmy*, in: Kröger/Gimmy (Hrsg.), S. 3 (6); *Scherer/Butt*, DB 2000, 1009 (1012); anderer Ansicht allerdings *Kaiser/Voigt*, K&R 1999, 445 (446); *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839 (840).

²¹² *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (372); *Köhler*, NJW 1998, 185 (187); *Moritz*, JA 1999, 720 (722); *Palandt-Heinrichs*, 64. Aufl., § 312b BGB Rn. 4.

²¹³ Vgl. Abschnitt C II 1a im 2. Teil dieser Arbeit.

kehrssitte dahingehend, dass eine ausdrückliche Erklärung der Annahme nicht zu erwarten wäre.

Eine konkludente Annahme unter Zugangsverzicht kommt jedoch bei Warenbestellungen per Bestellformular auf der kommerziellen Webseite eines Warenanbieters in Betracht. Bei einer solchen Warenbestellung im Internet, d.h. bei dem der Rechtswahl zugrunde liegenden Hauptvertrag, kommt es durchaus vor, dass die bestellte Ware ohne vorherige ausdrückliche Annahme an den Kunden versandt wird. Insofern kann man – ebenso wie im herkömmlichen Versandhandel²¹⁴ – davon ausgehen, dass nach der Verkehrssitte eine ausdrückliche Annahme zumindest hinsichtlich des zugrunde liegenden Hauptvertrages nicht zu erwarten ist.²¹⁵ Stattdessen erfolgt die Annahme dann mit dem Aussondern und Absenden der bestellten Ware.²¹⁶ Wird die Rechtswahl als eine Bestimmung in den Hauptvertrag aufgenommen, so ist diese Ansicht auch auf den Rechtswahlvertrag zu übertragen. Es wäre lebensfremd, davon auszugehen, dass der Rechtswahlvertrag von einer konkludenten Annahme des Hauptvertrages iSd. § 151 Satz 1 BGB ausgenommen wäre. Die konkludente Annahme durch Absenden der Ware erstreckt sich demnach nicht nur auf den Kaufvertrag, sondern auch auf den Rechtswahlvertrag.

(aa) Annahme in der Zugangsbestätigung iSd. § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB

Gegen diese Sicht der Dinge könnten allerdings die Besonderheiten bei einem elektronischen Vertragsschluss per Mausklick sprechen. Die Vorschriften über den Vertragsabschluss im elektronischen Geschäftsverkehr sehen gem. § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB vor, dass der Zugang einer Bestellung im elektronischen Geschäftsverkehr unverzüglich elektronisch bestätigt wird. Zwar stellt die Empfangsbestätigung einer Bestellung als solche noch keine Annahme dar, sondern beinhaltet lediglich die Erklärung, dass die Bestellung tatsächlich zugegangen ist.²¹⁷ Aufgrund der Tatsache, dass sie aber ohnehin versandt werden muss, ist davon auszugehen, dass nicht selten in derselben Erklärung darüber hinaus auch eine ausdrückliche Annahme des Angebots erklärt wird, häufig vollautomatisiert als sogenannte Computererklä-

²¹⁴ *Moritz*, CR 2000, 61 (62), dort Fn. 23; *Palandt-Heinrichs*, 64. Aufl., § 151 BGB Rn. 4.

²¹⁵ *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (373); *Kaiser/Voigt*, K&R 1999, 445 (447); *Moritz*, CR 2000, 61 (63); *Palandt-Heinrichs*, 64. Aufl., § 312b BGB Rn. 4. Anderer Ansicht *Köhler/Arndt*, S. 70f..

²¹⁶ *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (373); *Palandt-Heinrichs*, 64. Aufl., § 151 BGB Rn. 2.

²¹⁷ LG Hamburg, MMR 2005, 121 (121); LG Essen, MMR 2004, 49 (50); *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (373). Anderer Ansicht *Schmittmann*, K&R 2004, 361 (363).

rung²¹⁸. Der Umstand, dass es sich um eine Computererklärung handelt, steht der Wirksamkeit der Willenserklärung dabei nicht entgegen.²¹⁹

Demnach ist die Verkehrssitte möglicherweise eher darin zu sehen, dass eine ausdrückliche Annahme erklärt wird.

(aaa) Anwendbarkeit

Fraglich ist zunächst, ob die Verpflichtung aus § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB, unverzüglich eine Zugangsbestätigung zu versenden, auf den zugrunde liegenden Hauptvertrag im elektronischen Geschäftsverkehr überhaupt Anwendung findet. Dies ist gem. § 312e Abs. 2 Satz 2 BGB nicht der Fall, sofern zwischen den Vertragsparteien, die nicht Verbraucher sind, etwas anderes vereinbart worden ist; ferner gem. § 312e Abs. 2 Satz 1 BGB dann nicht, wenn der Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wurde. Bei einer individuellen Kommunikation via Email, die diesem Ausschlussstatbestand durchaus unterfällt²²⁰, kommt eine konkludente Annahme unter Zugangsverzicht aber mangels einer besonderen Verkehrssitte ohnehin nicht in Betracht, wie oben dargestellt wurde. An der Verpflichtung des Warenanbieters, bei Abschluss des Hauptvertrages eine Zugangsbestätigung iSd. § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB zu versenden, bestehen insofern keine Zweifel.

(bbb) Unverzügliche Erklärung der Annahme

Dennoch ist gegen die Annahme, dass zusammen mit der Zugangsbestätigung iSd. § 312e BGB auch die Annahme des Vertragsangebots ausdrücklich erklärt wird, einzuwenden, dass die Zugangsbestätigung gem. § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB „unverzüglich“ erteilt werden muss, was für die Annahme eines Vertragsangebots unter Abwesenden gem. § 147 Abs. 2 BGB²²¹ nicht gilt. Die meisten Warenanbieter müssen zuerst ihre Warenbestände überprüfen und können erst nach der Vergewisserung, dass sie tatsächlich zu liefern in der Lage sind, eine Annahmeerklärung abgeben.²²² Insofern ist anzunehmen, dass viele Warenanbieter sich davor hüten, unverzüglich und damit womöglich voreilig die Annahme zu erklären.²²³ Mithin

²¹⁸ Vgl. zu dem Begriff *Heun*, CR 1994, 595 (595); *Fringuelli/Wallhäuser*, CR 1999, 93 (93); *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (373); *Mehnings*, MMR 1998, 30 (31).

²¹⁹ *Arndt/Köhler*, EWS 2001, 102 (108); *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165 (165); *Fringuelli/Wallhäuser*, CR 1996, 93 (93); *Palandt-Heinrichs*, 64. Aufl., Einf v § 116 BGB Rn. 1; *ders.*, 64. Aufl., § 312b BGB Rn. 4.

²²⁰ Vgl. *Palandt-Heinrichs*, 64. Aufl., § 312e BGB Rn. 9.

²²¹ Dazu näher unten Abschnitt C II 1a aa (2) (c) im 2. Teil dieser Arbeit.

²²² Darauf weist auch das AG Butzbach hin: AG Butzbach, CR 2002, 765 (765).

²²³ So auch *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371 (373).

ist keinesfalls davon auszugehen, dass jeder Warenanbieter die Erklärung der Annahme bereits mit der Zugangsbestätigung verbindet.²²⁴

Dies wird man nur bei denjenigen Anbietern vermuten dürfen, die einen 24-Stunden-Service unterhalten. Aufgrund der Tatsache, dass sie rund um die Uhr tätig sind, führen sie regelmäßig automatisierte Kontrollen ihres Lagerbestandes durch und sind insofern auch rund um die Uhr, d.h. bereits zum Zeitpunkt der Bestellung, in der Lage zu beurteilen, ob sie das Vertragsangebot ohne Zögern annehmen können. Sie können also in der Tat zusammen mit der Zugangsbestätigung unverzüglich auch die Annahme des Vertragsangebots erklären. Letztlich hängt dies jedoch vom Wortlaut der Zugangsbestätigung ab. Die bloße Mitteilung „Wir werden Ihren Auftrag umgehend bearbeiten.“ reicht insoweit nicht aus.²²⁵

(bb) Ergebnis

Nach alledem kann bei genauerer Betrachtung allenfalls bezüglich Unternehmen mit einem 24-Stunden-Service und einer automatischen Kontrolle ihrer Lagerbestände angenommen werden, dass eine ausdrückliche Annahme zusammen mit der Zugangsbestätigung iSd. § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB erklärt wird. Zwar ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass § 312e BGB nur für den zugrunde liegenden Kaufvertrag und nicht für den Rechtswahlvertrag gilt. Unter den gegebenen Umständen, dass in einem Waren-Bestellformular auch eine Bestimmung über die Rechtswahl enthalten ist, ist jedoch davon auszugehen, dass die Annahmeerklärung nicht nur die Warenbestellung, sondern auch die Rechtswahl erfasst, sofern nicht ausdrücklich zwischen beiden Verträgen unterschieden wird.

Für die sonstigen Warenanbieter im Internet, die keinen 24-Stunden-Service mit automatischer Prüfung des Lagerbestandes unterhalten, ist hingegen eine Verkehrssitte dahingehend anzunehmen, dass eine konkludente Annahme unter Zugangsverzicht gem. § 151 Satz 1 BGB durch Zusenden der bestellten Ware erfolgt, nicht anders als im herkömmlichen Versandhandel.

(c) Annahmefrist gem. § 147 Abs. 2 BGB

Näherer Erörterung bedarf schließlich die Annahmefrist gem. § 147 BGB. Wie bereits festgestellt wurde, ist die Kommunikation anhand von Emails ebenso wie die Online-

²²⁴ Ebenso AG Butzbach, CR 2002, 765 (765).

²²⁵ Vgl. AG Butzbach, CR 2002, 765 (766).

Übermittlung von Erklärungen als eine Kommunikation unter Abwesenden anzusehen.²²⁶ Insofern gilt die Frist des § 147 Abs. 2 BGB. Das Angebot zur Wahl eines bestimmten nationalen Rechts kann also nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Die Frist setzt sich zusammen aus der Zeit für die Übermittlung des Antrages an den Empfänger, dessen Bearbeitungs- und Bedenkzeit und der Zeit für die Übermittlung der Antwort an den Antragenden.²²⁷ Als übliche Bearbeitungs- und Bedenkzeit für ein Vertragsangebot über eine Rechtswahl sind bei lebensnaher Betrachtung ca. zwei bis drei Tage zu veranschlagen. In dieser Zeit kann der Empfänger des Angebots sich gegebenenfalls mit einer fremden Rechtsordnung vertraut machen und eruieren, ob die vom Antragenden genannte Rechtsordnung für seine eigene Rechtsposition günstige oder eher ungünstige Vorschriften enthält.

Wie oben dargelegt, ist sowohl Privaten als auch Geschäftsleuten gegenüber regelmäßig mit einem Zugang der Willenserklärungen spätestens am folgenden Tag bzw. Arbeitstag zu rechnen. Demnach ist der Eingang der Antwort bei unter normalen Umständen etwa am vierten, spätestens am fünften Tag nach Absenden des Angebots zu erwarten. Diese Frist muss mithin eingehalten sein, damit der Vertrag wirksam zustande kommt. Verstreicht sie hingegen, so erlischt der Antrag auf Abschluss eines Rechtswahlvertrages mangels rechtzeitiger Annahme gem. § 146 BGB.

Eine andere Beurteilung der Frist ergibt sich dann, wenn es sich etwa um ein Rechtswahlangebot an einen Warenanbieter handelt, der einen 24-Stunden-Service unterhält. So ist etwa denkbar, dass der Kunde ein Bestellformular an den Anbieter übermittelt, das den Zusatz einer Rechtswahl enthält. Wie bereits dargestellt, erfolgt im 24-Stunden-Service üblicherweise eine sofortige automatisierte Bearbeitung eingehender Bestellungen. Die Annahme wird dann häufig zusammen mit der Bestätigung des Zugangs der Bestellung iSd. § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB erklärt, die ihrerseits unverzüglich zu erfolgen hat.²²⁸ Demnach darf „unter regelmäßigen Umständen“ iSd. § 147 Abs. 2 BGB auch die Antwort auf das Angebot unverzüglich erwartet werden. Dies muss zumindest dann gelten, wenn der Anbieter mit der Tatsache, dass es sich um einen 24-Stunden-Service handelt, zuvor ausdrücklich geworben hat und sie im

²²⁶ Vgl. Abschnitt C II 1a aa (1) im 2. Teil dieser Arbeit. Die umstrittene Frage, wie eine Direkt-Kommunikation zu beurteilen ist, wird hier bewusst ausgeklammert; vgl. dazu aber die Anmerkung in Abschnitt C II 1a aa (1) im 2. Teil dieser Arbeit, dort Fn. 184.

²²⁷ BGH NJW 1996, 919 (921); OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 329 (329); Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 148 BGB Rn. 7.

²²⁸ Vgl. Abschnitt C II 1a aa (2) (b) (aa) im 2. Teil dieser Arbeit.

Geschäftsverkehr bekannt gemacht ist.²²⁹ Unter solchen Umständen genügt der Frist des § 147 Abs. 2 BGB folglich nur eine sofortige Annahmeerklärung.²³⁰

(d) Ergebnis

Als Ergebnis der Untersuchung, auf welche Weise ein ausdrücklicher Rechtswahlvertrag im Internet nach deutschem Recht zustande kommt, ist festzuhalten, dass die Erklärung von Angebot und Annahme durchaus auch auf elektronischem Wege wirksam erfolgen kann. Bei einer Warenbestellung auf einer kommerziellen Webseite stellt regelmäßig die Übermittlung des ausgefüllten Bestellformulars das Angebot dar. Dies kann freilich nur dann gelten, wenn auf dem Bestellformular eine Rechtswahl vorgenommen wird. Die Annahme erfolgt dann – ebenso wie im herkömmlichen Versandhandel – häufig unter Zugangsverzicht iSd. § 151 Satz 1 BGB durch Aussondern und Versenden der Ware. Diese Beurteilung gilt nicht nur für den Hauptvertrag, sondern umfasst auch den Rechtswahlvertrag.

Für die Annahmefrist gem. § 147 Abs. 2 BGB sind etwa zwei bis drei Tage zu veranschlagen. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn ein Warenanbieter einen 24-Stunden-Service unterhält. Dann muss die Annahme sofort erfolgen. Sie kann zusammen mit der Zugangsbestätigung gem. § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB erklärt werden.

(3) Rechtswahlklausel in elektronischen AGB

Gerade dann, wenn ein Anbieter auf seiner Webseite eine elektronische Bestellmöglichkeit durch Ausfüllen eines Formulars bereithält, erfolgt die ausdrückliche Rechtswahl häufig dadurch, dass eine Rechtswahlklausel in elektronischen AGB in den Hauptvertrag einbezogen wird. Hierbei ergeben sich besondere Probleme. Eine Rechtswahl in AGB ist nach deutschem Kollisionsrecht zwar grundsätzlich möglich.²³¹ Schwierigkeiten bereiten bei der Einbeziehung elektronischer AGB jedoch die Voraussetzungen der §§ 305 ff. BGB. Die Frage, ob elektronische AGB unter Geltung des deutschen Rechts wirksam in den Vertrag einbezogen werden können, ist daher im Folgenden sorgfältig zu prüfen.

²²⁹ *Mehring*s, MMR 1998, 30 (33).

²³⁰ *Mehring*s, MMR 1998, 30 (33).

²³¹ BGHZ 123, 380 (383); OLG Saarbrücken, NJW 1992, 987 (988); OLG Frankfurt, NJW-RR 1989, 1018 (1018); *Ernst*, JuS 1997, 776 (777); *Horn*, MMR 2002, 209 (212); *Staudinger-Magnus*, Art. 27 EGBGB Rn. 145; *Ulmer/Brandner/Hensen-Schmidt*, Anh. §§ 9-11 Rn. 575; *Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher*, Anh § 2 Rn. 32.

(a) Einbeziehungskontrolle gem. § 305 BGB

Da Artt. 27 Abs. 4, 31 Abs. 1 EGBGB ohne Einschränkung für jede Art von Rechtswahl und demnach auch für eine Rechtswahl in AGB gelten²³², richtet sich im deutschen Kollisionsrecht auch die wirksame Einbeziehung von AGB nach dem Vertragsstatut des Hauptvertrages.²³³ Eine wirksame Einbeziehung von AGB ist folglich nur zu bejahen, sofern die Voraussetzungen des § 305 BGB erfüllt sind.

Gem. § 305 Abs. 2 BGB werden AGB nur dann Bestandteil des Vertrages, wenn der Verwender die andere Partei ausdrücklich auf die AGB hinweist, wenn der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft wird, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen und wenn diese Partei mit der Geltung der AGB einverstanden ist. Hierbei handelt es sich um eine Regelung, die die Einigung der Parteien zum Gegenstand hat, nicht um eine besondere Formvorschrift.²³⁴ § 305 BGB regelt somit das Zustandekommen der Rechtswahl iSd. Art. 31 Abs. 1 EGBGB und unterfällt nicht etwa dem Formstatut des Art. 11 EGBGB.²³⁵

(aa) Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen iSd. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB bereitet bei Vertragsabschlüssen im Internet keine besonderen Probleme. Nach der Legaldefinition sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Dabei ist das Merkmal „vorformuliert“ nicht etwa im Sinne einer speziellen Anforderung an die Form zu verstehen. Eine schriftliche Aufzeichnung der Vertragsbedingungen ist jedenfalls nicht erforderlich; das Merkmal ist vielmehr auch dann erfüllt, wenn die AGB in sonstiger Weise fixiert sind.²³⁶ Auf die Einhaltung der Formvorschriften in §§ 126 ff. BGB kommt es folglich nicht an. Der Umstand, dass die AGB in einer Email oder auf einer Webseite formuliert sind, steht den Voraussetzungen des AGB-Begriffes demnach keinesfalls entgegen.

Auch der Hinweis des Gesetzes auf die „Schriftart“ in § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nicht so zu verstehen, dass damit die Einhaltung der Schriftform iSd. §§ 126 ff. BGB gefordert

²³² Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 27 EGBGB Rn. 8.

²³³ BGHZ 123, 380 (383); NJW 1997, 1697 (1698); 1986, 841 (843); OLG Saarbrücken, NJW 1992, 987 (988); Sandrock-Beckmann/Sandrock, Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung, Teil B Rn. 31; Boll, IPRax 1987, 11 (12); Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 27 EGBGB Rn. 8, Art. 31 EGBGB Rn. 3; Sieg, RIW 1997, 811 (812); Soergel-v.Hoffmann, Art. 31 EGBGB Rn. 8.

²³⁴ Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 2 Rn. 1; Sieg, RIW 1997, 811 (812).

²³⁵ Meyer/Sparenberg, RIW 1989, 347 (348); Sieg, RIW 1997, 811 (812).

²³⁶ BGH NJW 2001, 2635 (2636); BGHZ 141, 108 (110). Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 8.

würde. Vielmehr dient er der Klarstellung, dass es unerheblich ist, ob AGB durch Druck, Maschinenschrift oder Handschrift niedergelegt sind.²³⁷ Weitergehende Voraussetzungen an das Vorliegen von AGB als die Legaldefinition in § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB stellt § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB hingegen nicht auf. Er soll bloß etwaige Zweifel über den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ausräumen.²³⁸

Eine „Schriftart“ iSd. § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt aber auch dann vor, wenn die AGB als Schriftbild auf einem Computer-Bildschirm erscheinen. Dies bestätigt die Rechtsprechung zur Einbeziehung von AGB im Bildschirmtext (Btx): In keinem der dazu ergangenen Urteile wurde angeführt, dass es sich bei vorformulierten Vertragsbedingungen, die auf dem Bildschirm angezeigt werden, schon begrifflich nicht um AGB handeln könnte.²³⁹ Auf Vertragsbedingungen im Internet träfe ein entsprechender Einwand dann noch weniger zu. Denn diese können – anders als AGB im Bildschirmtext – sogar ausgedruckt werden.²⁴⁰ Sie stehen somit den bereits genannten Schriftarten, d.h. Maschinenschrift oder Druck, noch wesentlich näher als die AGB im Bildschirmtext. Somit hindert auch der Hinweis des § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die „Schriftart“ nicht die Feststellung, dass elektronische AGB dem AGB-Begriff des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechen.²⁴¹

(bb) Maßstab des § 305 Abs. 2 BGB

Schwierigkeiten bereitet bei elektronischen AGB jedoch die wirksame Einbeziehung gem. § 305 Abs. 2 BGB. Dessen Maßstäbe gelten zumindest dann, wenn der Kunde kein Unternehmer iSd. § 14 BGB ist. Ist der Kunde hingegen Unternehmer, findet gem. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB die Vorschrift des § 305 Abs. 2 BGB keine Anwendung. Stattdessen gelten dann die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen, so dass lediglich zu klären wäre, ob die vertragliche Einigung der Parteien auch zu einer rechtsgeschäftlichen Einbeziehung der Geschäftsbedingungen geführt hat.²⁴² Dies soll an späterer Stelle kurz dargestellt werden.²⁴³

²³⁷ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 16.

²³⁸ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 14. Ob § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB insofern tatsächlich „sachlich überflüssig“ ist, mag dahingestellt bleiben.

²³⁹ Vgl. etwa OLG Köln, NJW-RR 1998, 1277 ff.; LG Freiburg, NJW-RR 1992, 1018f.; LG Bielefeld, NJW-RR 1992, 955.

²⁴⁰ Vgl. dazu näher unten Abschnitt C II 1a aa (3) (a) (aa) (bbb) im 2. Teil dieser Arbeit.

²⁴¹ Kaiser/Voigt, K&R 1999, 445 (450); Löhnig, NJW 1997, 1688 (1688); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 1 Rn. 17.

²⁴² BGHZ 117, 190 (194); OLG Dresden, NJW-RR 1999, 846 (847); Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 50.

²⁴³ Vgl. unten Abschnitt C II 1a aa (3) (a) (dd) im 2. Teil dieser Arbeit.

Bei der Anwendung des § 305 Abs. 2 BGB auf die Einbeziehung elektronischer AGB ist danach zu differenzieren, ob der Vertrag durch das Austauschen von Emails zustande kommt oder ob der Kunde eine Bestellung per Formular auf einer Anbieter-Webseite vorgenommen hat, wobei die Bestellung regelmäßig das Vertragsangebot darstellt.

(aaa) Ausdrücklicher Hinweis

Gem. § 305 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 BGB muss seitens des Verwenders ein ausdrücklicher Hinweis auf die AGB erfolgen. Unerheblich ist dabei, ob der Verwender auch das Vertragsangebot macht oder ob dieses von der anderen Vertragspartei abgegeben wird.²⁴⁴ In zeitlicher Hinsicht ist darauf zu achten, dass der Hinweis gem. § 305 Abs. 2 BGB „bei Vertragsschluss“ erfolgt. Dies ist nur dann gewährleistet, wenn der Hinweis im Zusammenhang mit denjenigen Erklärungen erfolgt, die zum Abschluss des konkreten Vertrages führen.²⁴⁵ Inhaltlich muss der Hinweis klar erkennen lassen, welche Klauseln Vertragsbestandteil werden sollen.²⁴⁶ Eine explizite Erwähnung der Rechtswahlklausel ist dabei aber nicht erforderlich.

(α) Korrespondenz der Parteien per Email

Bei einer Korrespondenz der Parteien per Email besteht für den Verwender die Möglichkeit, in dem Text seiner Mail auch einen Hinweis auf die AGB zu geben. Dies bereitet keine Probleme. Zur Klarstellung sei allerdings noch einmal angemerkt, dass es sich um eine Email handeln muss, die Teil der Vertragsverhandlungen für den der Rechtswahl zugrunde liegenden Hauptvertrag ist, in den die AGB und damit auch die Rechtswahlklausel dann einbezogen werden sollen.

(β) Vertragsschluss mittels eines Bestellformulars auf einer Webseite

Näher ist auf das Erfordernis eines ausdrücklichen Hinweises einzugehen, wenn der Vertragsabschluss durch das Übermitteln eines ausgefüllten Bestellformulars seitens des Kunden und anschließende Annahme durch den Warenanbieter zustande kommt. Der Hinweis muss „bei Vertragsschluss“ erfolgen. Insofern genügt es nicht, wenn sich der Hinweis etwa auf der

²⁴⁴ BGH NJW 1988, 2106 (2108); Erman-Roloff, § 305 BGB Rn. 27; Löhnig, NJW 1997, 1688 (1688); Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 29; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, § 2 Rn. 12.

²⁴⁵ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 30.

²⁴⁶ OLG Nürnberg, WM 1990, 1370 (1371); Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 29.

Homepage befindet.²⁴⁷ Denn bei Betrachten dieser Seite hat der Kunde unter Umständen noch gar keine Absichten, einen Vertrag abzuschließen. Stattdessen muss der Hinweis auf einer Seite erfolgen, die während des Bestellvorgangs erscheint, da erst das Übermitteln der Bestellung eine für den Vertragsabschluss relevante Willenserklärung darstellt.²⁴⁸ Dies ist dann zu bejahen, wenn der Hinweis auf dem abschließenden Bestellformular selbst vorgenommen wird.²⁴⁹

Fraglich ist hingegen, ob es auch ausreicht, wenn der Hinweis auf einer Seite erfolgt, die der Warenpräsentation dient.²⁵⁰ Dient die Warenpräsentation bloß der allgemeinen Produktinformation, ohne dass auf derselben Seite auch der Bestellvorgang begonnen wird, so erfolgt der Hinweis nicht bei Vertragsschluss. Um einen Hinweis bei Vertragsschluss handelt es sich aber dann, wenn der Bestellvorgang durch das Anklicken eines Feldes in Gang gesetzt wird, das sich im direkten Umfeld der betreffenden Warenbeschreibung befindet, etwa ein Feld mit der Aufschrift „In den Warenkorb legen“ oder „Bestellen“.²⁵¹ Nach Anklicken dieses Feldes wird nämlich das betreffende Produkt in dem Bestellformular aufgelistet, mit dessen Übermittlung das Angebot erklärt wird. Letztlich hängt es also von der technischen Ausgestaltung des Bestellvorgangs ab, ob ein Hinweis auf einer solchen Seite, die der Warenpräsentation dient, ebenfalls ausreicht.

Der Hinweis muss dabei so angeordnet und gestaltet sein, dass er von einem Durchschnittskunden auch bei flüchtiger Betrachtung nicht übersehen werden kann.²⁵² Diese Voraussetzung kann ein Warenanbieter bei Gestaltung seiner Webseite durchaus berücksichtigen. So ist sie sicherlich dann erfüllt, wenn der Hinweis direkt oberhalb des Feldes „Abschicken“ platziert wird. Selbst wenn der Kunde die sonstigen Angaben auf der Seite nur flüchtig zur Kenntnis nimmt, ist er doch gezwungen, für die Übermittlung der Bestellung das Feld „Abschicken“ anzuklicken. Er kommt also nicht umhin, seinen Blick auf die Stelle zu konzentrieren, wo sich das anzuklickende Feld befindet. Dort ist der Hinweis folglich auch bei flüchtiger Betrachtung nicht zu übersehen.

²⁴⁷ Hoeren/Oberscheidt, VuR 1999, 371 (378); Horn, MMR 2002, 209 (209f.); Koehler, MMR 1998, 289 (291); Löhnig, NJW 1997, 1688 (1689); Mehrings, BB 1998, 2373 (2376).

²⁴⁸ Löhnig, NJW 1997, 1688 (1689).

²⁴⁹ Blaurock, in: Hohloch, (Hrsg.), S. 31 (32); Eichhorn, S. 76; Köhler, MMR 1998, 289 (291); Löhnig, NJW 1997, 1688 (1689); Mehrings, BB 1998, 2373 (2376); Moritz, CR 2000, 61 (64); Scherer/Butt, DB 2000, 1009 (1014); Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (844).

²⁵⁰ So Moritz, JA 1999, 720 (723).

²⁵¹ Ebenso Horn, MMR 2002, 209 (209). Wohl auch Eichhorn, Koehler, Scherer/Butt und Strömer, die alle empfehlen, den ausdrücklichen Hinweis dem „Bestell-Icon“ unmittelbar voranzustellen; vgl. Eichhorn, S. 75; Koehler, MMR 1998, 289 (291); Scherer/Butt, DB 2000, 1009 (1014); Strömer, S. 122.

²⁵² BGH NJW-RR 1987, 112 (113); Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 29.

(γ) Ergebnis

Ein ausdrücklicher Hinweis ist nach alledem sowohl bei einem Vertragsabschluss via E-mail als auch bei einem Vertragsabschluss durch Übermitteln eines Bestellformulars auf der Webseite des Anbieters möglich. Die erste Voraussetzung des § 305 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 BGB kann mithin im Internet durchaus erfüllt sein. Auf die Alternative, statt eines ausdrücklichen Hinweises einen deutlich sichtbaren Aushang iSd. § 305 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 BGB zu machen, muss insofern nicht näher eingegangen werden, zumal schon begrifflich die Möglichkeit eines „Aushangs“ im Internet nicht gegeben ist.

Zu denken ist ferner daran, dass der ausdrückliche Hinweis auf die AGB für den Kunden verständlich sein muss.²⁵³ Er sollte insofern in derselben Sprache formuliert sein, in der auch die AGB selbst abgefasst sein müssen, wenn sie der Voraussetzung gerecht werden sollen, dass eine Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme besteht.²⁵⁴

Auf die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme ist im Folgenden näher einzugehen.

(bbb) Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme

Gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB muss der Verwender der AGB der anderen Vertragspartei bei Vertragsschluss zudem die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen.

Grundsätzlich kann dieser Voraussetzung bei einem Vertragsschluss unter Abwesenden nur dadurch genügt werden, dass die AGB an den Kunden übersandt werden.²⁵⁵ Bei einem elektronischen Vertragsabschluss gelten jedoch angesichts der besonderen Art und Weise der Kommunikation zwischen den beiden Vertragsparteien wiederum andere Maßstäbe. Insoweit kann zunächst auf die obigen Ausführungen verwiesen werden, die im Rahmen von Art. 23 EuGVVO für die zumutbare Kenntnisnahme von Gerichtsstandsklauseln in AGB gemacht wurden.²⁵⁶ So wurde für den Fall, dass die AGB während der Vertragsverhandlungen per E-mail einbezogen werden, festgestellt, dass die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme auf dreierlei Art und Weise eröffnet werden kann: Zum einen dann, wenn die AGB in den Text der Email des Verwenders aufgenommen werden; des Weiteren dann, wenn sie als Textdatei in einer Anlage an die Email angehängt werden; und schließlich dann, wenn die Email einen Link auf die Webseite des Verwenders enthält, auf der die AGB im Volltext einzusehen

²⁵³ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 59; Rott, ZVglRWiss 98 (1999), 382 (389f.).

²⁵⁴ Vgl. dazu unten Abschnitt C II 1a aa (3) (a) (dd) (bbb) im 2. Teil dieser Arbeit.

²⁵⁵ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 35.

²⁵⁶ Vgl. Abschnitt B VII 4b im 1. Teil dieser Arbeit.

sind.²⁵⁷ Für den Fall, dass der Vertrag nach Übermitteln eines Bestellformulars durch den Kunden zustande kommt, hat die obige Erörterung zwei verschiedene Möglichkeiten der zumutbaren Kenntnisnahme ergeben: Zum einen kann der gesamte AGB-Text direkt auf derselben Webseite platziert werden, auf der auch der Mausklick erfolgt, mit dem der Kunde seine für den Vertragsabschluss erforderliche Willenserklärung übermittelt. Das ist üblicherweise dieselbe Webseite, auf der sich bereits der Hinweis auf die AGB befindet.²⁵⁸ Zum anderen reicht es für die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme auch aus, wenn der Kunde per Mausklick einen Link aktivieren und sich auf diese Weise von der Bestellseite auf eine weitere Seite begeben kann, auf der sich der AGB-Volltext befindet.²⁵⁹

Fraglich ist allerdings, ob die im Rahmen des Art. 23 EuGVVO aufgestellten Grundsätze auch im deutschen Recht gelten. Dafür spricht zwar auf den ersten Blick, dass die Art und Weise der Präsentation von AGB auch im deutschen Recht grundsätzlich beliebig ist, so dass AGB durchaus am Bildschirm dargestellt werden können.²⁶⁰ Die deutsche Rechtsprechung hat jedoch in Bezug auf Btx für die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme von AGB am Bildschirm besondere Anforderungen entwickelt, die es möglicherweise auch bei AGB im Internet zu berücksichtigen gilt. Ob dies der Fall ist, soll nun geklärt werden.

(α) Übertragbarkeit der Anforderungen der Btx-Rechtsprechung

Nach der deutschen Btx-Rechtsprechung genügt die bloß flüchtige Einblendung von AGB am Bildschirm nur dann, wenn sie dem Kunden dennoch eine kritische Prüfung der Bedingungen ermöglicht, nämlich durch besondere Kürze und Übersichtlichkeit des AGB-Textes.²⁶¹ Zu entscheiden ist, ob diese Anforderungen auch bei einem Vertragsabschluss im Internet unter Einbeziehung von AGB Geltung beanspruchen.

Ebenso wie beim Btx erfolgt auch bei einem Vertragsabschluss im Internet die Kenntnisnahme der AGB zunächst einmal am Bildschirm, so dass sich an der Flüchtigkeit der Einblendung des Textes prinzipiell nichts geändert hat.²⁶² Die technische Ausgestaltung des Internet ist mit derjenigen des Btx aber dennoch nicht gleichzusetzen. Die Btx-Rechtsprechung berücksichtigt zum einen den Nachteil, dass beim Bildschirmtext immer nur das Schriftbild etwa einer halben DIN A 4-Schreibmaschinenseite auf dem Bildschirm sichtbar gemacht wer-

²⁵⁷ Vgl. Abschnitt B VII 4b bb im 1. Teil dieser Arbeit.

²⁵⁸ Vgl. Abschnitt B VII 4b aa (1) im 1. Teil dieser Arbeit.

²⁵⁹ Vgl. Abschnitt B VII 4b aa (2) im 1. Teil dieser Arbeit.

²⁶⁰ *Kaiser/Voigt*, K&R 1999, 445 (450); *Wolf/Horn/Lindacher-Wolf*, § 1 Rn. 19.

²⁶¹ OLG Köln, NJW-RR 1998, 1277 (1278); LG Freiburg, NJW-RR 1992, 1018 (1018); LG Ravensburg, CR 1992, 1472 (1473); LG Aachen, NJW 1991, 2159 (2160).

²⁶² *Koehler*, MMR 1998, 289 (292); *Mehrings*, BB 1998, 2373 (2379).

den kann; zum anderen den Nachteil, dass es kaum möglich ist, von einer Bildschirmseite zu einer anderen zu wechseln.²⁶³ Beides trifft auf eine Webseite im Internet nicht zu. Eine Webseite kann technisch so ausgestaltet werden, dass auf dem Computerbildschirm der AGB-Text fortlaufend angesehen werden kann. Der Nutzer hat die Möglichkeit, sich im AGB-Text nach Belieben zu bewegen. Er kann den fortlaufenden Text mittels der Bildlaufleiste mühelos vom Anfang bis zum Ende durchgehen oder sich innerhalb des Textes schnell von einer Stelle zu einer anderen bewegen.²⁶⁴ Die technische Ausgestaltung der Webseite lässt es also grundsätzlich zu, dass der Kunde eine kritische Prüfung der AGB vornimmt.

Der in der Literatur geäußerte Einwand, dass die Textlektüre am Bildschirm „wesentlich schwieriger“ sei als das Studium eines Druckwerkes²⁶⁵, vermag insoweit nicht zu überzeugen. Zum einen steht es dem Nutzer frei, sich den AGB-Text auszudrucken und anschließend in gewohnter Weise auf dem Papier zu lesen.²⁶⁶ Auf diese Weise kann er die Kenntnisnahme der AGB am Bildschirm gänzlich vermeiden, sofern sie ihm tatsächlich ungewohnt oder zu anstrengend ist. Selbst wenn der Nutzer dies aber nicht tut und die AGB direkt am Bildschirm liest, bestehen an der Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme keine Bedenken. Sowohl die Textverarbeitung mit Hilfe von Computern als auch die Kommunikation via Email hat sich nämlich inzwischen im Alltag soweit etabliert, dass bei lebensnaher Betrachtung davon ausgegangen werden kann, dass ein Internet-Nutzer durchaus auch imstande ist, die AGB am Bildschirm zu lesen. Wäre dies nicht der Fall, wäre er ohnehin nicht gewillt, überhaupt einen Vertrag im Internet abzuschließen. Denn auch das Warenangebot und die Warenbeschreibung finden sich im Internet auf der Webseite des Anbieters und müssen daher am Bildschirm studiert werden. Auf die Gefahr, dass der Nutzer entweder gar keinen Drucker besitzt oder dass der Drucker zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses defekt ist, kann es folglich ebenfalls nicht ankommen.²⁶⁷

Auch die Übermittlung von AGB in einer Email, d.h. im Email-Text oder als Anhang, weist nicht die Probleme der Btx-Technik auf. In einer Email kann der Text ebenfalls mittels der Bildlaufleiste durchgesehen werden. Wird eine Textdatei als Anhang eingefügt, kann sie üblicherweise mit einem der gängigen Textverarbeitungsprogramme geöffnet und als fortlau-

²⁶³ Vgl. LG Freiburg, NJW-RR 1992, 1018 (1018); LG Aachen, NJW 1991, 2159 (2160); *Bartl*, Rn. 14; *Koehler*, MMR 1998, 289 (291).

²⁶⁴ Ebenso *Koehler*, MMR 1998, 289 (292); *Löhnig*, NJW 1997, 1688 (1689); *Waldenberger*, BB 1996, 2365 (2368).

²⁶⁵ *Borges*, ZIP 1999, 130 (135).

²⁶⁶ *Ernst*, JuS 1997, 776 (777); *Heermann*, K&R 1999, 6 (10); *Köhler*, NJW 1998, 185 (189); *Koehler*, MMR 1998, 289 (292); *Löhnig*, NJW 1997, 1688 (1689); *Moritz*, JA 1999, 720 (723).

²⁶⁷ Ebenso *Kamanabrou*, CR 2001, 421 (423). Anderer Ansicht hingegen *Strömer*, S. 122.

fender Text gelesen werden. Auch hier besteht ferner die Möglichkeit, den Text auszudrucken.

Angesichts der technischen Möglichkeiten bei der Darstellung von AGB im Internet ist es also nicht überzeugend, die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme am Bildschirm von der Länge des Klauselwerkes abhängig zu machen.²⁶⁸ Die strengen Anforderungen der Btx-Rechtsprechung haben demnach bei der Einbeziehung von AGB im Rahmen von Vertragsabschlüssen im Internet keine Geltung.²⁶⁹

Nach alledem können für die Beurteilung der Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme von AGB bei einem Vertragsschluss im Internet doch jene Grundsätze herangezogen werden, die bereits im Rahmen des Art. 23 EuGVVO entwickelt wurden. Zwar handelt es sich im vorliegenden Kontext um das interne deutsche Recht gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB und nicht um vereinheitlichtes Gemeinschaftsrecht. Jedoch sind die einheitsrechtlichen Anforderungen und die Anforderungen des internen deutschen Rechts an die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme letztlich die gleichen. Auf die obigen Überlegungen zu einer Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme elektronischer AGB kann insofern durchaus zurückgegriffen werden.²⁷⁰

(β) Ergebnis

Hinsichtlich der Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme iSd. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB kann daher Folgendes festgehalten werden: Bei einem Vertragsschluss per Email bestehen drei Möglichkeiten, die AGB in zumutbarer Weise zur Kenntnis zu nehmen: durch Aufnahme des AGB-Volltextes in den Email-Text; durch Übersenden einer Textdatei als Anlage der Email; und durch Mitteilung eines Links auf die Webseite des Verwenders, auf welcher die AGB im Volltext einzusehen sind. Bei einem Vertragsschluss auf einer kommerziellen Webseite ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass ein Link auf den AGB-Volltext auf dem Bestellformular selbst zur Verfügung gestellt wird. Die Anforderungen der Btx-Rechtsprechung finden auf elektronische Vertragsabschlüsse jedenfalls keine Anwendung.

In Bezug auf die zu verwendende Sprache der AGB ist – nicht anders als im Rahmen des Art. 23 EuGVVO – zu fordern, dass sie in der Verhandlungs- und Vertragssprache formuliert

²⁶⁸ Anderer Ansicht *Bachmann*, in: *Lehmann*, S. 174; *Borges*, ZIP 1999, 130 (135); *Waltl*, in: *Lehmann* (Hrsg.), S. 185 (202).

²⁶⁹ Ebenso *Ernst*, BB 1997, 1057 (1058); *Gruber*, DB 1999, 1437 (1440); *Löhnig*, NJW 1997, 1688 (1689). Anderer Ansicht aber *Horn*, MMR 2002, 209 (210); *Koch*, K&R 2001, 87 (89).

²⁷⁰ Vgl. Abschnitt B VII 4b im 1. Teil dieser Arbeit.

sind, d.h. in derselben Sprache, in der auch das Bestellformular auf der kommerziellen Webseite abgefasst ist oder die Vertragsverhandlungen per Email erfolgt sind. Dies gilt auch für den ausdrücklichen Hinweis auf die AGB. Eine Einschränkung dieses Grundsatzes, wonach im internationalen Geschäftsverkehr auch die Verwendung einer Weltsprache ausreichend ist, kann im vorliegenden Kontext nicht erfolgen. Gem. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB ist § 305 Abs. 2 BGB bei Verträgen zwischen zwei Unternehmern gerade nicht einschlägig. Der Maßstab des § 305 Abs. 2 BGB kann folglich im internationalen Handelsverkehr nicht herangezogen werden.

Für die weitere technische Ausgestaltung des AGB-Textes gilt es ferner allgemeine Anforderungen an das Schriftbild zu beachten: Der Text muss ein Mindestmaß an Übersichtlichkeit aufweisen.²⁷¹ Außerdem ist der Schriftgrad so zu wählen, dass das Lesen der AGB für einen Durchschnittskunden mühelos, d.h. insbesondere ohne Lupe²⁷², möglich ist.²⁷³ Eine entsprechende Gestaltung des AGB-Textes auf einer Webseite ist dem Verwender der AGB aber ohne weiteres möglich.²⁷⁴

(cc) Einverständnis

Letzte Voraussetzung für eine wirksamen Einbeziehung von AGB in den Vertrag ist gem. § 305 Abs. 2 BGB, dass sich der Kunde mit der Geltung der AGB einverstanden erklärt hat. Das Einverständnis kann sowohl ausdrücklich als auch schlüssig erklärt werden.²⁷⁵

Ein ausdrückliches Einverständnis liegt etwa dann vor, wenn der Kunde selbiges in einer Email erklärt.²⁷⁶ Kommt der Vertrag zustande, indem der Kunde ein Bestellformular ausfüllt, so erfolgt ein ausdrückliches Einverständnis dann, wenn er per Mausklick ein Feld aktiviert, das sein Einverständnis beinhaltet, regelmäßig ein Feld „Ich bin einverstanden.“ Diese Information wird als Online-Erklärung an den Verwender der AGB übermittelt. Damit sichergestellt ist, dass das Einverständnis gem. § 305 Abs. 2 BGB auch tatsächlich „bei Vertragsschluss“ erfolgt, wird die Betätigung eines solchen Feldes üblicherweise der Übermittlung des Bestellformulars vorgeschaltet. Der Bestellvorgang wird dabei technisch so ausgestaltet, dass eine Bestellung gar nicht erfolgen kann, sofern nicht das Einverständnis mit den AGB

²⁷¹ OLG Saarbrücken, NJW-RR 1988, 858 (859); LG Freiburg, NJW-RR 1992, 1018 (1018); *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165 (167); Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 39; *Koch*, K&R 2001, 87 (90).

²⁷² Vgl. BGH NJW-RR 1986, 1311 (1311); NJW 1983, 2772 (2773).

²⁷³ *Heermann*, K&R 1999, 6 (10); *Moritz*, CR 2000, 61 (64); *Scherer/Butt*, DB 2000, 1009 (1014).

²⁷⁴ *Koehler*, MMR 1998, 289 (292).

²⁷⁵ Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 43.

²⁷⁶ *Koehler*, MMR 1998, 289 (292).

erklärt wurde: Fehlt der besagte Mausklick des Einverständnisses, kann das ausgefüllte Bestellformular nicht abgeschickt werden.

Neben einer ausdrücklichen Erklärung des Einverständnisses kann auch eine schlüssige Erklärung erfolgen. Eine solche ist dann zu bejahen, wenn es nach dem Hinweis auf die AGB durch den Verwender und nach Verschaffen der Möglichkeit einer Kenntnisnahme tatsächlich zum Vertragsabschluss kommt.²⁷⁷ In diesem Fall gibt der Kunde die für den Vertragsabschluss erforderliche Willenserklärung im Bewusstsein des Umstandes ab, dass die andere Partei ihre AGB einzubeziehen gewillt ist, indem er etwa das Bestellformular absendet, ohne der Einbeziehung der AGB zu widersprechen. Insofern darf sein Verhalten so gedeutet werden, dass sein Willen der Einbeziehung der AGB nicht entgegensteht und er vielmehr mit deren Geltung einverstanden ist. Letztlich können die AGB also auch dann Vertragsbestandteil werden, wenn der Verwender dem Vertragsschluss nicht extra einen Mausklick über das Einverständnis mit den AGB vorschaltet.

Problematisch an einer schlüssigen Erklärung des Einverständnisses ist allerdings, dass nicht dokumentiert wird, ob der Kunde tatsächlich einverstanden ist. Im Streitfall zwischen den Parteien bestünde daher in rechtlicher Hinsicht Unklarheit darüber, ob der Kunde tatsächlich die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme hatte und auch tatsächlich einverstanden war. Der Verwender, der sich auf die wirksame Einbeziehung seiner AGB beruft, hat dann ein Beweisproblem.²⁷⁸ Vor diesem Hintergrund wirken die meisten Warenanbieter im Internet auf ein ausdrückliches Einverständnis hin, indem sie ihre Kunden dazu verpflichten, vor Abschicken des Bestellformulars einen Mausklick vorzunehmen, durch den das Einverständnis mit den AGB erklärt wird.

(dd) Besonderheiten bei einem Vertrag zwischen zwei Unternehmern

Der Vollständigkeit halber soll zum Abschluss darauf hingewiesen werden, dass bei einem Vertragsabschluss zwischen zwei Unternehmern für die Einbeziehung von AGB nicht dieselben Maßstäbe gelten wie bei einem Vertragsabschluss zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher: Gem. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB finden die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 und 3 BGB gegenüber einem Unternehmer keine Anwendung. Die Unternehmer-Eigenschaft bestimmt sich dabei nach § 14 Abs. 1 BGB.²⁷⁹ Dies gilt auch dann, wenn es sich

²⁷⁷ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 43.

²⁷⁸ Zur Beweislast in dieser Konstellation vgl. Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 28; Staudinger-Schlosser, § 2 AGBG Rn. 16.

²⁷⁹ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 310 BGB Rn. 2.

um einen grenzüberschreitenden Vertrag und damit um einen ausländischen Vertragspartner handelt.²⁸⁰

Statt der besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 BGB ist auf allgemeine rechtsgeschäftliche Grundsätze zurückzugreifen: Die AGB gelten dann, wenn sie durch rechtsgeschäftliche Einbeziehung Vertragsbestandteil geworden sind, d.h. wenn sich die vertragliche Einigung der Parteien auch auf die Einbeziehung der AGB erstreckt.²⁸¹ Inwieweit sich dadurch Besonderheiten gegenüber der Regelung des § 305 BGB ergeben, soll hier kurz dargestellt werden.

(aaa) Hinweis auf die AGB

Nach allgemeiner Ansicht ist auch bei einem Vertrag zwischen zwei Unternehmern erforderlich, dass der Verwender auf seine AGB hingewiesen hat, sofern deren Verwendung nicht als branchenüblich bekannt ist.²⁸² Letzteres ist im internationalen Geschäftsverkehr nicht anzunehmen. Im Kapitel über das CISG wurde bereits erörtert, dass im internationalen Kontext das Kriterium der Branchenüblichkeit von AGB nur mit großer Zurückhaltung angewendet werden sollte.²⁸³ Keinesfalls darf im internationalen Verkehr ohne weiteres unterstellt werden, dass die andere Partei mit dem Inhalt bestimmter Klauselwerke vertraut ist und mit deren Einbeziehung von vornherein rechnet. Daher ist in grenzüberschreitenden Sachverhalten immer ein ausdrücklicher Hinweis auf die AGB zu fordern.²⁸⁴ Für die Platzierung dieses Hinweises gilt bei einem Vertragsabschluss im Internet dann das gleiche, was bereits oben im Rahmen des § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB erörtert wurde.²⁸⁵

(bbb) Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme

Neben dem Hinweis auf die AGB ist auch bei einem Vertragsschluss mit einem Unternehmer grundsätzlich erforderlich, dass der Kunde die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme hat. Allerdings gilt dafür gem. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht der strenge Maßstab des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Daher müssen die AGB einem für den Vertragsschluss maßgeb-

²⁸⁰ So zumindest die herrschende Meinung: Vgl. OLG Hamburg, WM 1986, 383 (384); *Jayme*, ZHR 142 (1978), 104 (115), dort Fn. 57a. Differenzierend *Schlechtriem*, FS Duden (1977), S. 571 (580).

²⁸¹ BGHZ 117, 190 (194); OLG Dresden, NJW-RR 1999, 846 (847); Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 305 BGB Rn 50.

²⁸² Vgl. MK-BGB-*Basedow*, § 305 BGB Rn. 89.

²⁸³ Vgl. Abschnitt B II 2a bb (1) (b) im 2. Teil dieser Arbeit.

²⁸⁴ BGH NJW 1976, 2075 (2075); *Buchmüller*, NJW 1977, 501 (501); *Kronke*, NJW 1977, 992 (992); Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 59.

²⁸⁵ Vgl. Abschnitt C II 1a aa (3) (a) (bb) im 2. Teil dieser Arbeit.

lichen Schreiben nicht von vornherein beigefügt werden.²⁸⁶ Ausreichend ist vielmehr, wenn der AGB-Volltext dem Kunden irgendwie zugänglich ist.²⁸⁷ Die AGB sind nur dann, wenn sie durch den Kunden ausdrücklich angefordert werden, an ihn auszuhändigen bzw. zu übersenden.²⁸⁸

Ein Zugänglichmachen der AGB kann etwa darin bestehen, dass der Unternehmer seine AGB als Emailtext oder als Textdatei, an eine Email angehängt, an den Kunden übermittelt. Darüber hinaus genügt die Mitteilung eines Links auf jene Webseite, die den AGB-Volltext enthält. Letzteres ergibt ein Erst-recht-Schluss. Wie oben bereits erörtert wurde, ist sogar gegenüber einem privaten Kunden ein Link auf die Webseite mit dem AGB-Volltext als eine ausreichende Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme anzusehen.²⁸⁹ Dann muss dies erst recht im Hinblick auf einen unternehmerisch handelnden Kunden gelten, für den der strenge Maßstab des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB gar nicht gilt.

Vor allem kommt es wiederum darauf an, dass die AGB in einer für den Vertragspartner verständlichen Sprache abgefasst sind.²⁹⁰ Nach herrschender Meinung ist dabei neben der Wahl der Verhandlungssprache im internationalen Handelsverkehr regelmäßig auch die Wahl einer Weltsprache ausreichend.²⁹¹ Je nach Branche können das vor allem Englisch, Französisch, Spanisch oder Deutsch sein. Entscheidend ist dabei letztlich, welche Sprachkenntnis unter den gegebenen Umständen von dem Vertragspartner zu erwarten ist.²⁹² Diese Überlegungen zur Sprache gelten im Übrigen wiederum auch für den ausdrücklichen Hinweis auf die AGB.²⁹³

Nach alledem sind bei einem Vertragsabschluss via Internet mit einem Unternehmer letztlich kaum andere Grundsätze heranzuziehen als diejenigen, die bereits im Zusammenhang mit der Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme iSd. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB entwickelt wurden. Allerdings ist der Verwender der AGB nicht von vornherein verpflichtet, die AGB zu übersenden.

²⁸⁶ BGH NJW 1982, 1749 (1750); 1976, 1886 (1887).

²⁸⁷ BGH DB 1979, 982 (983); MK-BGB-Spellenberg, Art. 31 EGBGB Rn. 38.

²⁸⁸ BGHZ 117, 190 (198); BGH NJW 1982, 1749 (1750); 1976, 1886 (1887); OLG Düsseldorf, VersR 1996, 1394 (1394); OLG Hamm, RIW 1994, 877 (878); Koch, K&R 2001, 87 (89f.); Staudinger-Schlosser, § 2 AGBG Rn. 35.

²⁸⁹ Vgl. Abschnitt C II 1a aa (3) (a) (bb) (bbb) (β) im 2. Teil dieser Arbeit.

²⁹⁰ BGHZ 102, 293 (304); OLG Karlsruhe, DZWir 1994, 70 (71); MK-BGB-Spellenberg, Art. 31 EGBGB Rn. 41.

²⁹¹ OLG Karlsruhe, DZWir 1994, 70f.; OLG Koblenz, IPRax 1994, 46 (48); OLG Hamm, NJW 1983, 523 (524); OLG Hamburg, NJW 1980, 1232 (1233); Drobniß, FS Mann (1977), S. 591 (607); Kronke, NJW 1977, 992 (992).

²⁹² MK-BGB-Spellenberg, Art. 31 EGBGB Rn. 41.

²⁹³ Vgl. Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 59.

(ccc) Zustimmung

Die andere Partei muss der Einbeziehung der AGB in den Vertrag zustimmen. Dies kann ausdrücklich geschehen, ausreichend ist jedoch auch schlüssiges Verhalten, etwa der Umstand, dass diese Partei nach einem ausdrücklichen Hinweis auf die AGB der Einbeziehung nicht widerspricht.²⁹⁴ Auch hier gilt demnach nichts anderes als unter Geltung des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

(ee) Ergebnis

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass eine Einbeziehung von AGB bei einem Vertragsschluss im Internet auch unter Zugrundelegung der Anforderungen des deutschen Rechts wirksam erfolgen kann. Dies gilt sowohl für die Verwendung von AGB gegenüber einem Verbraucher, die der Einbeziehungskontrolle gem. § 305 BGB unterliegt, als auch für die Verwendung von AGB gegenüber einem Unternehmer, die an allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen zu messen ist.

Besonderes Augenmerk ist bei der Einbeziehung elektronischer AGB auf die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme zu richten. Bei der Einbeziehung in einen Vertrag mit einem Verbraucher ist insoweit erforderlich, aber auch ausreichend, wenn sich auf dem Bestellformular ein Link auf den AGB-Volltext befindet. Bei der Verwendung von AGB gegenüber einem Unternehmer genügt es, wenn die AGB erst auf Nachfrage zugänglich gemacht werden. In Anbetracht des Sprachrisikos bei einem grenzüberschreitenden Vertrag sollten AGB, die gegenüber einem Verbraucher verwendet werden, in der Verhandlungs- und Vertragssprache formuliert sein, d.h. in der Sprache, in der auch das Bestellformular auf einer kommerziellen Webseite abgefasst ist. Kommt der grenzüberschreitende Vertrag mit einem Unternehmer zustande, ist hingegen auch die Abfassung der AGB in einer Weltsprache, insbesondere Englisch, regelmäßig ausreichend.

Scheitert die wirksame Einbeziehung einer Rechtswahlklausel an der Einbeziehungskontrolle, so führt dieser Umstand dazu, dass das anwendbare Recht anhand der objektiven Anknüpfung gem. Art. 28 EGBGB zu bestimmen ist.²⁹⁵

²⁹⁴ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 52.

²⁹⁵ Mankowski, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (212).

(b) Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB

Nach der Einbeziehungskontrolle der AGB gem. § 305 BGB drängt sich die Frage auf, ob die Rechtswahlklausel auch einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB unterliegt. Denkbar wäre etwa, eine Klausel, in der die Wahl eines nationalen Rechts vorgenommen wird, zu dem der Vertrag ersichtlich keinen Bezug hat, als unangemessene Benachteiligung für den Vertragspartner des Verwenders anzusehen und gem. § 307 Abs. 1 BGB für unwirksam zu erklären.²⁹⁶

Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens ist umstritten. Von der ganz herrschenden Meinung wird eine Inhaltskontrolle anhand des gewählten Rechts abgelehnt.²⁹⁷ Eine Mindermeinung befürwortet sie hingegen.²⁹⁸ Diese Ansicht führt ins Feld, dass das Kollisionsrecht selbst vorsehe, dass die Wirksamkeit des Rechtswahlvertrages gem. Art. 27 Abs. 4 iVm. Art. 31 Abs. 1 EGBGB nach dem gewählten Recht beurteilt werde.²⁹⁹ Auch könne nur eine Inhaltskontrolle anhand des gewählten Rechts sicherstellen, dass der schwächeren Partei, der die AGB gestellt werden, der erforderliche Schutz vor unangemessener Benachteiligung zuteil wird.³⁰⁰

Der Mindermeinung ist zuzugeben, dass die Anwendung des gewählten Rechts gem. Art. 27 Abs. 4 iVm. Art. 31 Abs. 1 EGBGB in der Tat auch die Vorschriften der §§ 307 ff. BGB über die Inhaltskontrolle von AGB zur Anwendung bringen könnte. Gegen eine Inhaltskontrolle der Rechtswahlklausel anhand des gewählten Rechts spricht jedoch ein systematisches Argument. Es ist stets daran zu denken, die Wirksamkeit des Rechtswahlvertrages von der Wirksamkeit des Hauptvertrages zu trennen.³⁰¹ Somit gilt es zu unterscheiden: Zwar unterliegen die AGB als materiellrechtliche Bestimmungen des Hauptvertrages grundsätzlich der Inhaltskontrolle durch das anwendbare Recht, d.h. im deutschen Recht der Kontrolle durch §§ 307 ff. BGB. Die Rechtswahlklausel, die ausschließlich kollisionsrechtliche Wirkung hat, ist hingegen konsequenterweise ausschließlich den inhaltlichen Beschränkungen des Kollisionsrechts zu unterwerfen.³⁰²

²⁹⁶ So etwa OLG Düsseldorf, RIW 1994, 420 (421).

²⁹⁷ Ebenso die ganz herrschende Meinung: *Grundmann*, IPRax 1992, 1 (2); *Jayme*, FS W. Lorenz (1991), 435 (438f.); *Junker*, RIW 1999, 809 (817); *Lüderitz*, IPRax 1990, 216 (217); *Mankowski*, RIW 1994, 421 (421); *ders.*, RIW 1993, 453 (455f.); *ders.*, RabelsZ 63 (1999), 203 (210); *Martiny*, ZEuP 1997, 107 (117); *Meyer-Sparenberg*, RIW 1989, 347 (347); *MK-BGB-Spellenberg*, Art. 31 EGBGB Rn. 18; *Sieg*, RIW 1997, 811 (816); *Wolf/Horn/Lindacher-Lindacher*, Anh § 2 Rn. 34.

²⁹⁸ *Heiss*, RabelsZ 65 (2001), 634 (653); *Pfeiffer*, NJW 1997, 1207 (1211).

²⁹⁹ *Heiss*, RabelsZ 65 (2001), 634 (637).

³⁰⁰ *Heiss*, RabelsZ 65 (2001), 634 (638f.).

³⁰¹ Vgl. Abschnitt C II 1 im 2. Teil dieser Arbeit.

³⁰² Ebenso *Martiny*, ZEuP 1997, 107 (116).

Auch das Argument, dass die schwächere Partei nur durch eine Inhaltskontrolle nach dem gewählten Recht einen ausreichenden Schutz vor unangemessener Benachteiligung erfährt, kann nicht verfangen. Im deutschen Kollisionsrecht bieten verschiedene Vorschriften die Möglichkeit zur Korrektur einer Rechtswahl, nämlich Artt. 27 Abs. 3, 29, 29a und 30 EGBGB.³⁰³ Würde man die Rechtswahlklausel aber neben dieser kollisionsrechtlichen „Inhaltskontrolle“ zusätzlich dem – im Übrigen wenig konkreten – Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB unterwerfen und ihr die Wirksamkeit unter Hinweis auf eine „unangemessene Benachteiligung“ absprechen, würden diese besonderen kollisionsrechtlichen Beschränkungen einer Rechtswahl letztlich unterlaufen.

Nur die herrschende Ansicht entspricht im Übrigen dem Willen des deutschen Gesetzgebers. So wurde die Vorschrift des § 10 Nr. 8 AGBG aF., wonach die Vereinbarung der Geltung ausländischen Rechts in AGB insbesondere in solchen Fällen unwirksam war, in denen dafür kein anerkanntes Interesse bestand, im Zuge der Neuregelung des Internationalen Privatrechts im Jahre 1986 aufgehoben.³⁰⁴ Eine gezielte Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln anhand des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sollte demnach gerade nicht mehr erfolgen.³⁰⁵

Aus diesen Gründen ist eine Inhaltskontrolle der Rechtswahlklausel anhand des gewählten Rechts abzulehnen. Die Vornahme einer Rechtswahl unterliegt ausschließlich der Korrektur durch die kollisionsrechtlichen Vorschriften. Eine Inhaltskontrolle anhand des § 307 Abs. 1 BGB findet hingegen nicht statt.

bb) Zwischenergebnis

Die exemplarische Prüfung der Wirksamkeit einer ausdrücklichen Rechtswahl anhand des deutschen Rechts hat Folgendes ergeben: Der Umstand, dass ein Vertrag auf elektronischem Wege geschlossen wird, steht der Wirksamkeit einer Rechtswahl grundsätzlich nicht entgegen. Besonderheiten ergeben sich allerdings dann, wenn die Rechtswahl durch Einbeziehung einer Rechtswahlklausel in AGB erfolgt. In diesem Fall sind besondere Anforderungen an die wirksame Einbeziehung der AGB zu beachten, insbesondere bei der Möglichkeit der zumut-

³⁰³ Darauf weist auch *Mankowski* hin: *Mankowski*, RIW 1993, 453 (456).

³⁰⁴ Durch Art. 6 § 2 des Gesetzes zur Neuregelung des IPR vom 25.7.1986, BGBl. 1986 I, S. 1153. Zur Entstehungsgeschichte vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages vom 9.6.1986, BT-Drucks. 10/5632. Ferner *Böhmer*, *RabelsZ* 46 (1982), 643 (647); *Pirrung*, S. 82.

³⁰⁵ BT-Drucks. 10/504, S. 95. Darauf weisen auch *Mankowski* und *Meyer-Sparenberg* hin: *Mankowski*, RIW 1993, 453 (456); *Meyer-Sparenberg*, RIW 1989, 347 (347).

baren Kenntnisnahme. Eine Inhaltskontrolle der Klausel anhand des gewählten Rechts ist aber nicht vorzunehmen.

Zum Abschluss der Darstellung von Rechtsproblemen im Rahmen der ausdrücklichen Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 EGBGB soll nun aufgrund der praktischen Relevanz ein weiteres Problem aufgezeigt werden, das sich bei der Verwendung von Rechtswahlklauseln in AGB stellen kann. Es handelt sich um die Frage nach der Wirksamkeit von kollidierenden Rechtswahlklauseln. Die Beurteilung dieser Frage erfolgt gänzlich losgelöst von der exemplarischen Beurteilung der wirksamen Einbeziehung von einer Rechtswahlklausel anhand des deutschen Rechts.

cc) Kollidierende Rechtswahlklauseln in AGB

Bei der Frage nach der wirksamen Vereinbarung einer ausdrücklichen Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 EGBGB ergibt sich ein besonderes Problem, sofern beide Vertragsparteien Allgemeine Geschäftsbedingungen verwenden und die darin enthaltenen Rechtswahlklauseln in einem inhaltlichen Widerspruch zueinander stehen. Denkbar ist etwa, dass die Vertragsparteien im Rahmen einer Email-Korrespondenz jeweils auf ihre eigenen AGB hinweisen und diese in den Vertrag einzubeziehen wünschen. Die Rechtswahlklauseln kollidieren jedoch aufgrund der Tatsache, dass jede Partei in ihrer Rechtswahlklausel das nationale Recht an ihrem eigenen gewöhnlichen Aufenthaltsort für anwendbar erklärt. Fraglich ist insofern, ob überhaupt eine Rechtswahlklausel wirksam in den Hauptvertrag einbezogen worden ist.

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst für jede Rechtswahlklausel gesondert zu untersuchen, ob ein wirksamer Rechtswahlvertrag zustande gekommen ist. Gem. Art. 27 Abs. 4 iVm. Art. 31 Abs. 1 EGBGB richtet sich dies nach dem jeweiligen gewählten Recht. Es ist also für jede Rechtswahlklausel anhand des darin genannten nationalen Rechts festzustellen, ob der Verweisungsvertrag wirksam zustande gekommen ist.³⁰⁶ Das wiederum hängt davon ab, ob die AGB Geltung erlangen, d.h. ob sie wirksam in den Hauptvertrag einbezogen wurden.

Letztlich sind dabei nur drei Fallgestaltungen möglich: Beide Rechtswahlverträge sind nach dem jeweils anwendbaren nationalen Recht gescheitert; oder ein Rechtswahlvertrag kommt wirksam zustande, während der andere fehlschlägt; oder beide Rechtswahlverträge sind nach dem jeweiligen anwendbaren nationalen Recht wirksam. Für jede dieser drei Fall-

³⁰⁶ Meyer-Spahrenberg, RIW 1989, 347 (348); Tiedemann, IPRax 1991, 424 (425).

gestaltungen soll im Folgenden eine Aussage darüber getroffen werden, wie das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht zu ermitteln ist. Anschließend soll jeweils beispielhaft benannt werden, in welchen Grundkonstellationen sich die drei genannten Fallgestaltungen ergeben können.

(1) Beide Rechtswahlverträge sind unwirksam

Ist keine der beiden Rechtswahlklauseln unter Zugrundelegung des jeweils gewählten materiellen Rechts wirksam in den Vertrag einbezogen worden, so ist ein Rechtswahlvertrag iSd. Art. 27 EGBGB nicht zustande gekommen. Das anwendbare Recht ist insofern durch objektive Anknüpfung gem. Art. 28 EGBGB zu bestimmen: Der Hauptvertrag unterliegt dem Recht desjenigen Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist.³⁰⁷

Diese Fallgestaltung ist etwa dann anzunehmen, wenn beide nationalen Rechtsordnungen solchen AGB die Geltung versagen, die sich inhaltlich widersprechen.³⁰⁸ Dies ist etwa im deutschen Recht³⁰⁹ der Fall, ebenso im österreichischen³¹⁰, im französischen³¹¹ oder im schweizerischen³¹² Recht. So gilt in der deutschen Rechtsprechung der Grundsatz, dass kollidierende AGB nicht wirksamer Vertragsbestandteil werden, da die Parteien in den betreffenden Punkten ganz offensichtlich nicht einig geworden sind.³¹³ Zwar kann der Hauptvertrag trotz der fehlenden Einigung hinsichtlich einzelner AGB durchaus wirksam zustande kommen; anstelle der kollidierenden AGB gilt dann allerdings das dispositive Gesetzesrecht.³¹⁴ Da sich aufgrund der Wahl unterschiedlicher Rechtsordnungen die Rechtswahlklauseln inhaltlich widersprechen, müssen also auch beide Rechtswahlverträge fehlschlagen.

Ferner ist eine Rechtswahl dann unwirksam, wenn eine der gewählten Rechtsordnungen den kollidierenden AGB die Wirksamkeit versagt, die andere Rechtsordnung hingegen die Theorie des letzten Wortes anwendet.³¹⁵ Nach dieser Theorie setzen sich bei kollidierenden AGB die Klauseln derjenigen Partei durch, die als letzte auf ihre AGB hingewiesen hat. Die andere Partei habe diese durch Erbringung der Leistung oder Annahme der Gegenleistung

³⁰⁷ Vgl. dazu unten Abschnitt C III im 2. Teil dieser Arbeit.

³⁰⁸ Tiedemann, IPRax 1991, 424 (426).

³⁰⁹ Sogenanntes Prinzip der Kongruenzgeltung: BGHZ 61, 282 (284 ff.); NJW 1985, 1838 (1839f.); NJW 1991, 1604 (1606); MK-BGB-*Basedow*, § 305 BGB Rn. 102; Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 55; *Sieg*, RIW 1997, 811 (817).

³¹⁰ Rummel-*Rummel*, § 864a ABGB Rn. 3.

³¹¹ *Sonnenberger*, RIW 1990, 165 (167); *Reinmüller*, S. 101-104.

³¹² So zumindest die herrschende Meinung. Vgl. *Bucher*, S. 158; *Kramer*, SJZ 81 (1985), 17 (19f.); *Brunner*, S. 99.

³¹³ Vgl. etwa BGHZ 61, 282 (285ff.); Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 305 BGB Rn. 55.

³¹⁴ *Meyer-Sporenberg*, RIW 1989, 347 (348).

³¹⁵ Tiedemann, IPRax 1991, 424 (426).

schließlich stillschweigend gebilligt.³¹⁶ Diese Theorie hat etwa im englischen³¹⁷ und im amerikanischen³¹⁸ Recht Verbreitung gefunden.

Zur Veranschaulichung dieser Konstellation sei an dieser Stelle angenommen, dass der Verkäufer derjenige ist, der den letzten Hinweis auf seine AGB gibt. Wenn das Aufenthaltsrecht des Verkäufers dann die Theorie des letzten Wortes anwendet, so ist diese Rechtswahlklausel zwar nach diesem Recht wirksam. Jedoch kann der Käufer auf Artt. 27 Abs. 4, 31 Abs. 2 EGBGB verweisen³¹⁹: Sein Aufenthaltsrecht kennt die Theorie des letzten Wortes ja gerade nicht, wonach das Schweigen auf den letzten Hinweis der anderen Vertragspartei als Zustimmung zu deren AGB gilt. Er kann also geltend machen, dass er dem Vertrag nicht zugestimmt habe, und sich für diese Behauptung auf das Recht des Staates seines gewöhnlichen Aufenthaltsortes berufen. Demnach ist im Hinblick auf die AGB des Verkäufers letztlich doch keine wirksame Einigung über das anwendbare Recht erfolgt. Die Wirksamkeit der Rechtswahlklausel des Käufers wiederum scheitert an dem Umstand, dass die AGB beider Vertragsparteien kollidieren und damit nach seinem Aufenthaltsrecht unwirksam sind.

Anders herum, wenn also das Aufenthaltsrecht des Verkäufers den kollidierenden AGB die Wirksamkeit versagt, dafür aber das Aufenthaltsrecht des Käufers die Theorie des letzten Wortes anwendet und nichtsdestotrotz der Verkäufer derjenige ist, der den letzten Hinweis auf seinen AGB abgegeben hat, ist ebenfalls über keine der beiden Rechtswahlklauseln eine wirksame Einigung erfolgt: Nach dem Aufenthaltsrecht des Käufers erlangt zwar die Rechtswahlklausel des Verkäufers Geltung. Jedoch ist diese Klausel nach dem Aufenthaltsrecht des Verkäufers angesichts der Widersprüchlichkeit der AGB unwirksam.

Beide Konstellationen sind denkbar, wenn eine der Parteien in der Rechtswahlklausel deutsches Recht gewählt hat, sofern nur nach dem anderen gewählten Recht die Theorie des letzten Wortes angewendet wird. Wie bereits erwähnt, sprechen nämlich die deutsche Rechtsprechung und die herrschende Lehre solchen kollidierenden AGB die Wirksamkeit ab.

³¹⁶ Vgl. etwa Tiedemann, IPRax 1991, 424 (426); Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer, § 2 Rn. 95.

³¹⁷ *Butler Machine Tool Co. v Ex-Cell-O Corp. (England) Ltd.* [1979] 1 WLR 401; *Transmotors Ltd. v Robertson, Buckley & Co. Ltd.* [1970] 1 Lloyd's Rep 224; Schmitthoff, Rn. 3-018; v. Bernstorff, Einführung in das englische Recht, § V I 3.

³¹⁸ Petzinger, RIW 1988, 673 (674 ff.); Tiedemann, IPRax 1991, 424 (426). Im Uniform Commercial Code hat sie allerdings nicht ihren Niederschlag gefunden; vgl. dazu Jacobs, ICLQ 34 (1985), 297 (307ff.).

³¹⁹ Sieg, RIW 1997, 811 (817); Tiedemann, IPRax 1991, 424 (426).

(2) Eine Rechtswahl ist wirksam, die andere unwirksam

Eine andere rechtliche Beurteilung erfolgt dann, wenn eine Rechtswahl wirksam, die andere hingegen unwirksam ist. Diese Fallgestaltung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn beide Rechtsordnungen die Theorie des letzten Wortes anwenden.³²⁰ Welche Partei zuletzt auf ihre AGB hingewiesen hat, ist eine Frage der Tatsachen und insofern nach beiden Rechtsordnungen gleich zu beurteilen. Beide Rechtsordnungen kommen also zu einem einheitlichen Ergebnis dahingehend, dass die Rechtswahlklausel derjenigen Partei, die zuletzt auf ihre AGB hingewiesen hat, Wirksamkeit erlangt. Die Rechtswahlklausel der anderen Partei ist hingegen unwirksam, da sich diese Partei zu dem letzten Hinweis der anderen Partei auf ihre AGB nicht mehr geäußert hat. Eine Sonderanknüpfung gem. Art. 31 Abs. 2 EGBGB kommt dieser Partei nicht zugute.³²¹ Sie kann sich für die Behauptung, sie habe dem Vertrag nicht zugestimmt, nicht auf ihr Aufenthaltsrecht stützen. Denn das Aufenthaltsrecht dieser Partei wendet die Theorie des letzten Wortes ebenso an wie das Aufenthaltsrecht des Vertragspartners und misst somit dem Schweigen der Partei die gleiche Bedeutung bei wie das andere gewählte Recht, nämlich Zustimmung zu den AGB.

Diese Konstellation ist allerdings nicht denkbar, wenn eine der Parteien deutsches Recht gewählt hat. Zwar hat die frühere deutsche Rechtsprechung in der Tat die Theorie des letzten Wortes angewendet.³²² Sie hat davon jedoch inzwischen Abstand genommen und folgt nunmehr dem Prinzip der Kongruenzgeltung.³²³

(3) Beide Rechtswahlverträge sind wirksam

Sind beide Rechtswahlverträge nach dem jeweils gewählten materiellen Recht wirksam zustande gekommen, so müsste der zugrunde liegende Hauptvertrag in seiner Gesamtheit eigentlich zwei verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen. Dies ist aber nicht möglich. Zwar können einzelne Teile eines Vertrages durchaus verschiedenen Rechtsordnungen unterstellt werden.³²⁴ Dies ergibt sich aus Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB, wonach eine Rechtswahl nicht unbedingt für den ganzen Vertrag getroffen werden muss, sondern auch nur für einen Teil des Vertrages gelten kann. Es ist jedoch nicht zulässig, einen Vertrag in seiner Gesamtheit ver-

³²⁰ Tiedemann, IPRax 1991, 424 (426).

³²¹ Tiedemann, IPRax 1991, 424 (426).

³²² Vgl. BGH LM § 150 BGB Nr. 3 und 6.

³²³ BGHZ 61, 282 (286 ff.); NJW 1991, 1604 (1606); 1985, 1838 (1839); OLG Karlsruhe, VersR 1990, 1282 (1283).

³²⁴ MK-BGB-Martiny, Art. 27 EGBGB Rn. 36, 40; Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 27 EGBGB Rn. 9.

schiedenen Rechtsordnungen zu unterstellen.³²⁵ Aus diesem Grund ist es den Parteien letztlich also nicht gelungen, eine wirksame Rechtswahlvereinbarung zu treffen, die auf den Hauptvertrag Anwendung finden könnte.³²⁶ Stattdessen ist der Hauptvertrag so zu behandeln, als sei überhaupt keine Rechtswahl erfolgt. Das auf den Vertrag anzuwendende Recht ist folglich durch objektive Anknüpfung gem. Art. 28 EGBGB zu bestimmen: Der Hauptvertrag unterliegt dem Recht desjenigen Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist.

Über die Grundkonstellationen, in denen diese Fallgestaltung auftritt, lässt sich in Anbetracht der obigen Ausführungen allerdings nur eine vage Aussage treffen: Bei den gewählten Rechtsordnungen muss es sich um solche Rechtsordnungen handeln, die weder der Theorie des letzten Wortes noch dem Prinzip der Kongruenzgeltung folgen. Andernfalls ist bereits eine der vorstehenden Fallgestaltungen zutreffend. Der Fall, dass beide Rechtswahlverträge wirksam sind, kommt also keinesfalls in Betracht, wenn eine der Parteien in ihren AGB deutsches Recht gewählt hat.

b) Konkludente Rechtswahl gem. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 EGBGB

Gem. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 EGBGB können die Parteien ihre Rechtswahl auch durch konkludente Willenserklärungen treffen. Hierfür ist erforderlich, dass sich ein entsprechender tatsächlicher Parteiwille mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergibt.³²⁷ Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang verschiedene Indizien herausgearbeitet. Es fragt sich allerdings, inwieweit sich diese Indizien auf Internet-Sachverhalte übertragen lassen. Für die Klärung dieser Frage ist danach zu differenzieren, ob sich die Indizien den vertraglichen Vereinbarungen des Hauptvertrages entnehmen lassen oder ob sie sich aus den Umständen des Vertragsabschlusses ergeben.

aa) Vereinbarungen des Hauptvertrages

Als eines der Indizien, das aus den Bestimmungen des Hauptvertrages abgeleitet werden kann, wird die Vereinbarung eines einheitlichen Gerichtsstandes angesehen.³²⁸ Sie kann darauf hindeuten, dass beide Parteien den übereinstimmenden Willen haben, dass auch das mate-

³²⁵ Tiedemann, IPRax 1991, 424 (426).

³²⁶ Meyer-Sparenberg, RIW 1989, 347 (348); Tiedemann, IPRax 1991, 424 (426).

³²⁷ BGH NJW-RR 2000, 1002 (1004); BAG NJW 1996, 741 (741); Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 27 EGBGB Rn. 6; Spellenberg, IPRax 1990, 295 (296); Stoll, FS Heini (1995), S. 429.

³²⁸ BGH NJW-RR 1990, 183 (183f.); NJW 1991, 1420 (1420); NJW 1996, 2569 (2569f.); OLG Frankfurt am Main, RIW 1998, 477 (477); OLG Hamburg, RIW 1986, 462 (463); Lorenz, RIW 1992, 697 (702).

rielle Recht des Forumstaates auf den Vertrag Anwendung finden soll. Ferner kann sich eine Indizwirkung daraus ergeben, dass die Parteien einen einheitlichen Erfüllungsort vereinbaren, insbesondere dann, wenn er vom tatsächlichen Leistungsort abweicht.³²⁹ Hier liegt die Annahme nahe, dass die Parteien ihren Vertrag dem Recht unterstellen wollen, das am Erfüllungsort gilt.³³⁰ Schließlich ist die Vereinbarung der Geltung von AGB einer Partei ein zu würdigendes Indiz.³³¹ Es kann dafür sprechen, dass die Parteien den übereinstimmenden Willen haben, auf ihren Vertrag das Recht anzuwenden, das in dem Staat gilt, in dem der Verwender der AGB seinen Sitz hat.³³² Als weitere Indizien, die sich den Bestimmungen des Vertrages entnehmen lassen, sind außerdem die Währung zur Bezahlung des Kaufpreises³³³ sowie die Sprache des Vertrages³³⁴ zu nennen. Beide Indizien haben jedoch nur eine äußerst geringe Aussagekraft.³³⁵

Für alle aufgeführten Indizien lässt sich feststellen, dass sie auch in einem Vertrag, der via Internet abgeschlossen wird, enthalten sein können.³³⁶

bb) Besondere Umstände des Vertragsschlusses

Die Tatsache, dass es sich um einen Vertragsabschluss via Internet handelt, bereitet aber bei der Anwendung jener Rechtsprechung Schwierigkeiten, die den Parteiwillen anhand der besonderen Umstände des Vertragsabschlusses zu ermitteln sucht. So wird als Indiz für eine konkludente Rechtswahl von der Rechtsprechung der Umstand angesehen, dass der Vertrag in einem bestimmten Staat abgeschlossen wurde und dass die Vertragssprache ebenfalls die Sprache dieses Staates ist.³³⁷

Dieses Kriterium auf Internet-Sachverhalte anzuwenden, erscheint problematisch. Zwar bereitet es keinerlei Schwierigkeiten, die Sprache des Vertrages festzustellen. Jedoch lässt sich bei einem elektronischen Vertragsabschluss nicht feststellen, in welchem Staat der Vertrag geschlossen wurde. Schließlich bedienen sich die Parteien für den Abschluss ihres Ver-

³²⁹ OLG Köln, RIW 1994, 970 (970); RGZ 58, 366 (367); 81, 273 (275).

³³⁰ Einschränkung allerdings Erman-*Hohloch*, Art. 27 EGBGB Rn. 18; Staudinger-*Magnus*, Art. 27 EGBGB Rn. 83.

³³¹ BGH RIW 1999, 537 (538); OLG Hamburg, RIW 1991, 61 (62); OLG München, IPRax 1989, 42 (44); OLG München, RIW 1983, 957 (957f.).

³³² Zweifelnd insoweit Meyer-*Sparenberg*, RIW 1989, 347 (348).

³³³ BGH NJW 2001, 1936 (1937); NJW-RR 1990, 183 (184); OLG Köln, RIW 1994, 970 (970); OLG Hamm, RIW 1993, 940 (940); OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 1993, 182 (183).

³³⁴ BGHZ 19, 110 (112); LG Hamburg, RIW 1999, 391 (391).

³³⁵ LG Hamburg, RIW 1999, 391 (391); OLG Frankfurt, NJW-RR 1993, 182 (183); *Martiny*, ZEuP 1997, 107 (113); Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 27 EGBGB Rn. 7; Staudinger-*Magnus*, Art. 27 EGBGB Rn. 85.

³³⁶ Vgl. etwa zur Möglichkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen Abschnitt B VII im 1. Teil dieser Arbeit.

³³⁷ Vgl. BGH NJW-RR 2000, 1002 (1004); BGH RIW 1997, 426 (426); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 55 (55); OLG Celle, NJW-RR 1992, 1126 (1127).

trages gerade des Internet und nehmen damit ein Distanzgeschäft vor. Es ist also gerade nicht so, dass die Parteien in einem Staat tatsächlich zusammentreffen. Ein Ort, an dem die Parteien sich begegnen und ihren Vertrag abschließen, existiert demnach nicht. Allenfalls ließe sich argumentieren, dass die Parteien an einem virtuellen Ort zusammentreffen, nämlich im Cyberspace. Diese Sicht der Dinge ist jedoch abzulehnen. Zum einen wird dabei übersehen, dass sich die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses durchaus an realen Orten befinden. Es handelt sich bei grenzüberschreitenden Verträgen bloß um verschiedene Orte, so dass ein einheitlicher Abschlussort für den Vertrag nicht existiert. Zum anderen ließe die Annahme eines „virtuellen Abschlussortes“ mangels Bezuges zu einem realen Staat auch keine Schlussfolgerung auf die konkludente Wahl eines nationalen Rechts zu.

Insofern lässt sich die Vorgehensweise der Rechtsprechung, anhand der besonderen Umstände des Vertragsschlusses auf den Willen der Parteien hinsichtlich einer Rechtswahl zu schließen, bei Internet-Verträgen nicht nutzbringend anwenden.

cc) Ergebnis

Die Annahme, dass die Parteien eine konkludente Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 EGBGB geschlossen haben, ist auch bei Verträgen im Internet möglich. So weist zumindest die Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens anhand der Bestimmungen des Vertrages keinerlei Besonderheiten dadurch auf, dass der Vertrag im Internet abgeschlossen wurde. Die von der Rechtsprechung insoweit entwickelten Indizien sind auch auf elektronische Verträge anwendbar. Hingegen ist die Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens anhand der besonderen Umstände des Vertragsschlusses, namentlich unter Berücksichtigung des Abschlussortes, bei einem auf elektronischem Wege zustande gekommenen Vertrag nicht möglich. Aus den besonderen Umständen des Vertragsschlusses kann insofern nicht auf eine konkludente Rechtswahl geschlossen werden.

2. Das zu wählende Recht

Nach Art. 27 Abs. 1 Satz 1 EGBGB sind die Parteien in der Wahl einer Rechtsordnung gänzlich frei. Sie können also grundsätzlich jede geltende Rechtsordnung wählen.³³⁸ Dabei liegt es nahe, dass sich die Parteien auf ein Recht einigen, zu dem entweder örtliche oder per-

³³⁸ Erman-Hohloch, Art. 27 EGBGB Rn. 8; Kropholler, IPR, § 52 II 3; Staudinger-Magnus, Art. 27 EGBGB Rn. 35.

sönliche Bezüge bestehen. Im Hinblick auf Internet-Verträge ergeben sich allerdings besondere Wahlmöglichkeiten, die im Folgenden erörtert werden sollen.

a) Wahl eines neutralen Rechts

Die Parteien können den Vertrag einem „neutralen“ Recht unterstellen, zu dem der Vertrag keinerlei Beziehungen aufweist, zu dem also gerade keine örtlichen oder persönlichen Bezüge bestehen.³³⁹ Dies erfolgt insbesondere im Handelsverkehr häufig, wenn sich die Parteien nicht auf eine der in Frage kommenden Heimatrechtsordnungen einigen können oder wenn eine Rechtsordnung für eine bestimmte Branche einen besonders hohen Entwicklungsstand hat, d.h. besonders detaillierte Vorschriften enthält.³⁴⁰ Letzteres kann auch für Parteien eines Vertrages, der im Internet abgeschlossen wird, ausschlaggebend sein. Neben branchenspezifischen Regelungen kann eine Rechtsordnung nämlich auch besondere Vorschriften für das Zustandekommen und die Erfüllung von Verträgen im Internet anbieten. So sind etwa in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union verschiedene EG-Richtlinien umgesetzt worden, die Regelungen für einen Vertragsabschluss via Internet enthalten, etwa die E-Commerce-Richtlinie oder die Fernabsatz-Richtlinie. Des Weiteren haben einzelne Bundesstaaten der USA besondere Vorschriften für den elektronischen Geschäftsverkehr eingeführt, indem sie den „Uniform Electronic Transaction Act (UETA) 1999“³⁴¹ oder den „Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA) 2001“³⁴² in ihren einzelstaatlichen Gesetzen umgesetzt haben. Ferner weisen das Recht von Singapur³⁴³ sowie das australische Recht³⁴⁴ und das Recht Neuseelands jeweils einen „Electronic Transactions Act“³⁴⁵ auf. Je nachdem, ob solche spezifischen Regelungen auf den von den Parteien geschlossenen Vertrag anwendbar und vorteilhaft sind und von den Parteien insofern als anwendbares Recht gewünscht werden, können die Parteien sich also auf die Wahl einer solchen Rechtsordnung einigen. Dies gilt auch dann, wenn der Vertrag zu der betreffenden Rechtsordnung ansonsten keine Beziehung hat.

³³⁹ *Junker*, IPR, Rn. 350; *Kegel/Schurig*, S. 653; *Lorenz*, RIW 1987, 569 (570); *MK-BGB-Martiny*, Art. 27 EGBGB Rn. 20; *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 27 EGBGB Rn. 3; *Sandrock*, RIW 1994, 381 (385); *Schurig*, *RabelsZ* 54 (1990), 217 (224).

³⁴⁰ *Junker*, IPR, Rn. 350; *Siehr*, FS Keller (1989), S. 485 (497); *Lorenz*, IPRax 1987, 269 (272).

³⁴¹ Zu finden unter <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm>.

³⁴² Zu finden unter <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/cita10st.htm>. Dazu näher *Ganssaugue*, S. 153-158.

³⁴³ Singapore Electronic Transactions Act 1998. Zu finden unter <http://www.cca.gov.sg>.

³⁴⁴ Electronic Transactions Act 1999. Zu finden unter <http://www.scaleplus.law.gov.au/html/pasteact/3/3328/top.htm>.

³⁴⁵ Electronic Transactions Act 2002. Zu finden unter <http://www.med.govt.nz/irdev/elcom/transactions/explanation/index.html>.

Nach herrschender Meinung kann sogar ein reines Inlandsgeschäft einem ausländischen Recht unterstellt werden.³⁴⁶

b) Wahl eines außerstaatlichen Regelwerks

Heftig umstritten ist die Frage, ob die Parteien auch alle nationalen Rechte abwählen und ihren Vertrag stattdessen einem außerstaatlichen Regelwerk unterwerfen können.³⁴⁷ Im Hinblick auf Internet-Verträge lässt sich in diesem Zusammenhang über die Möglichkeit nachdenken, ein transnationales Regelwerk für das Internet als anwendbares Recht festzulegen. Aufgegriffen werden soll an dieser Stelle die Diskussion um ein sogenanntes „Cyberlaw“. Zwar handelt es sich bisher lediglich um eine Idee. Diese Idee wird aber in der juristischen Literatur seit einiger Zeit rege diskutiert.³⁴⁸ Die Möglichkeit einer Rechtswahl zugunsten eines transnationalen Cyberlaw soll daher im Folgenden Beachtung finden, wenngleich sie bislang lediglich eine theoretische ist.

Ferner ist denkbar, dass die Parteien ihren Vertrag dem „UNCITRAL-Modellgesetz zum Elektronischen Geschäftsverkehr“ unterstellen. Auch diese Möglichkeit soll kurz betrachtet werden.

aa) Wahl eines transnationalen Cyberlaw

Im Zusammenhang mit Vertragsabschlüssen im Internet könnte es für die Parteien von Vorteil sein, ihren Vertrag einem eigens für das Internet geschaffenen transnationalen Regelwerk zu unterstellen. Zu denken ist hier an die Idee eines einheitlichen transnationalen Cyberlaw.³⁴⁹

Unter dem Cyberlaw ist die Aufstellung nicht-staatlicher Regeln für das Internet durch die Beteiligten im Wege der Selbstregulierung zu verstehen.³⁵⁰ Ihr Geltungsbereich soll sich da-

³⁴⁶ Lorenz, FS Kegel (1987), S. 303 (309); Meyer-Spahrenberg, RIW 1989, 347 (347); MK-BGB-Martiny, Art. 27 EGBGB Rn. 17f.; Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 27 EGBGB Rn. 3; Staudinger-Magnus, Art. 27 EGBGB Rn. 115. Anderer Ansicht allerdings Stoll, IPRax 1984, 1 (1).

³⁴⁷ Vgl. etwa Heiderhoff, JA 2002, 246 (247), dort Fn. 15; MK-BGB-Martiny, Art. 27 EGBGB Rn. 26 ff.; Staudinger-Magnus, Art. 27 EGBGB Rn. 45 ff.; E. Lorenz, RIW 1987, 569 (573f.); W. Lorenz, IPRax 1987, 269 (272).

³⁴⁸ Vgl. etwa Johnson/Post, Stanford Law Review 48 (1996), 1367 ff.; Bechtold, GRUR 1998, 18 (23); Christiansen, MMR 2000, 123 ff.; Jung, GRUR Int 1998, 841 (842f.); Mankowski, AfP 1999, 138 ff.; Osthaus, AfP 2001, 13 ff.; Regaldo, EuLF 2000/01, 112 ff..

³⁴⁹ Befürwortend Johnson/Post, Stanford Law Review 48 (1996), 1367 ff.; Christiansen, MMR 2000, 123 ff.; Jung, GRUR Int 1998, 841 ff.; Regaldo, EuLF 2000/01, 112 (116). Ablehnend Mankowski, AfP 1999, 138 ff.; Osthaus, AfP 2001, 13 ff..

³⁵⁰ Mankowski, AfP 1999, 138 (139); Osthaus, AfP 2001, 13 (15).

bei auf den von Staatsgrenzen unabhängigen „Cyberspace“ erstrecken.³⁵¹ Der Cyberspace ist ein Sammelbegriff für die Netzwerke von untereinander verbundenen Computern und den daraus entstandenen Kommunikationsraum³⁵², der damit gleichsam einen eigenständigen Rechtsraum darstellen soll³⁵³.

Fraglich ist, ob die Rechtswahl des Cyberlaw zulässig wäre. Eine sehr kontroverse Diskussion herrscht innerhalb der Literatur in einem vergleichbaren Kontext, nämlich im Zusammenhang mit der Frage, ob die Wahl der *Lex mercatoria* als anwendbares Recht zulässig ist. Sie soll zur Klärung der eingangs gestellten Frage herangezogen werden.

(1) Vergleichbarkeit mit der Wahl der *Lex mercatoria*

Bei der *Lex mercatoria* handelt es sich um internationale Handelsbräuche und vorherrschende Praktiken des internationalen Handels³⁵⁴, die von vielen Stimmen in der Literatur³⁵⁵, in einigen Schiedssprüchen der Internationalen Handelskammer³⁵⁶ und sogar in vereinzelt Entscheidungen staatlicher Gerichte³⁵⁷ als ein ungeschriebenes internationales Recht des Welthandels anerkannt werden.³⁵⁸ In einer Vielzahl anderer Literaturmeinungen wird die *Lex mercatoria* hingegen als schlichtweg nicht existent abgelehnt.³⁵⁹ Da die Vorstellungen über das Cyberlaw sich stets an der *Lex mercatoria* orientieren³⁶⁰, sind die Fragen, die sich bei einer Rechtswahl zugunsten des Cyberlaw stellen, denjenigen bei der Wahl der *Lex mercatoria* durchaus vergleichbar. Mithin kann auf den Meinungsstand Rückgriff genommen werden, der sich zu jener Frage herausgebildet hat, ob eine Rechtswahl zugunsten der *Lex mercatoria* zulässig ist.

³⁵¹ *Christiansen*, MMR 2000, 123 (124); *Mankowski*, AfP 1999, 138 (139); *Osthaus*, AfP 2001, 13 (15); *Roßnagel*, MMR 2002, 67 (70).

³⁵² *Regaldo*, EuLF 2000/01, 112 (112); *Mayer*, NJW 1996, 1782 (1783).

³⁵³ *Johnson/Post*, Stanford Law Review 48 (1996), 1367 (1370); *Bechtold*, GRUR 1998, 18 (23); *Mayer*, NJW 1996, 1782 (1790).

³⁵⁴ MK-BGB-*Martiny*, Art. 27 EGBGB Rn. 31. Vgl. zum Begriff ferner *Siehr*, in: Holl/Klinke (Hrsg.), S. 103 (112 ff.).

³⁵⁵ *Blaurock*, ZEuP 1993, 247 (262f.): Einordnung als Rechtsordnung; *Booyesen*, *RabelsZ* 59 (1992), 245 (252f.): Einordnung als Teil des Völkerrechts.

³⁵⁶ Vgl. die Nachweise bei *Lorenz*, FS Neumayer (1985), S. 407 (410 ff.); MK-BGB-*Martiny*, Art. 27 EGBGB Rn. 31, dort Fn. 93.

³⁵⁷ Vgl. den Überblick bei *Blaurock*, ZEuP 1993, 247 (264-266) sowie die Nachweise bei *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116 (128), dort Fn. 61, 62.

³⁵⁸ Vgl. ferner zu der empirischen Untersuchung des Center for Transnational Law (CENTRAL) zur Anwendung transnationalen Rechts in der internationalen Vertrags- und Schiedspraxis den Bericht von *Berger/Dubberstein/Lehmann/Petzold*, ZVglRWiss 101 (2002), 12 ff.

³⁵⁹ *V.Bar/Mankowski*, IPR Bd. 1, § 2 Rn. 75f.; *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116 (125 ff.).

³⁶⁰ *Burnstein*, in: Boele-Woelki/Kessedjian (Hrsg.), S. 23 (28f.); *Johnson/Post*, Stanford Law Review 48 (1996), 1367 (1387-1391); *Mankowski*, AfP 1999, 138 (138); *Osthaus*, AfP 2001, 13 (15).

Dabei soll allerdings nicht auf die grundsätzliche Diskussion über den Geltungsanspruch der Lex mercatoria³⁶¹ als solcher oder eines daran angelehnten transnationalen Regelwerks für das Internet³⁶² und auch nicht über den möglichen Inhalt dieses Cyberlaw eingegangen werden. Es soll lediglich darüber entschieden werden, ob die Wahl des sogenannten Cyberlaw überhaupt eine gültige Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB darstellen könnte.

(2) Übertragung des Meinungsstandes zur Wahl der Lex mercatoria auf die Wahl des Cyberlaw

In Bezug auf die Lex mercatoria werden zu der Frage der Zulässigkeit der Rechtswahl zwei befürwortende und eine ablehnende Ansicht vertreten. Sie lassen sich alle auch auf den Fall übertragen, dass die Parteien das Cyberlaw als anwendbares Recht wählen.

Nach einer Ansicht, der sogenannten Vorrangtheorie, handelt es sich bei einem derartigen transnationalen einheitlichen Regelwerk wie der Lex mercatoria um ein Gebilde, das auf internationale Sachverhalte direkt angewendet werden kann und damit Vorrang gegenüber jedem staatlichen Recht genießt.³⁶³ Unter Umgehung aller nationalen Kollisionsnormen soll also eine direkte Sachnormanwendung stattfinden. Folglich stellt sich nach dieser Ansicht die Frage nach der Zulässigkeit der Rechtswahl gem. Art. 27 Abs. 1 EGBGB überhaupt nicht. Nach dieser Argumentation würde das Cyberlaw ebenfalls einen Vorrang gegenüber dem nationalen Kollisionsrecht genießen, da auch das Cyberlaw ein transnationales Regelwerk darstellt, das zur Regelung eines internationalen Sachverhalts dient. Auf Art. 27 Abs. 1 EGBGB käme es insoweit gar nicht an.

Nach anderer Auffassung wird der Lex mercatoria zwar kein Vorrang gegenüber nationalem Recht eingeräumt, jedoch wird die Wahl dieses Regelungskomplexes als zulässige Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB angesehen.³⁶⁴ Dies müsste dann auch für die Wahl des Cyberlaw gelten.

³⁶¹ Vgl. dazu etwa aus dem deutschsprachigen Schrifttum: *Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung, S. 29-108; *ders.*, JZ 1999, 369 (371f.); *Blaurock*, ZEuP 1993, 247 ff.; *Mertens*, FS Odersky (1996), S. 857 ff.; *Spickhoff*, RabelsZ 56 (1992), 116 ff.; *Stein*, S. 179-251; *Weise*, S. 60-65. Zu der neuesten Entwicklungen in Gestalt der „CENTRAL Transnational Law Database“, die der Lex mercatoria nach Ansicht des Autors zum „endgültigen Durchbruch“ verhelfen könnte, vgl. *Berger*, RIW 2002, 256 ff..

³⁶² Dazu aus deutscher Sicht *Christiansen*, MMR 2000, 123 ff.; *Mankowski*, AfP 1999, 138 ff.; *Mayer*, NJW 1996, 1782 ff.; *Osthaus*, AfP 2001, 13 ff..

³⁶³ *Goldmann*, S. 6; *Langen*, S. 13-19; vgl. ferner *Meyer*, S. 94-96.

³⁶⁴ *Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung, S. 108; *Kappus*, IPRax 1993, 137 (139f.); *Weise*, S. 137.

Gegen beide Ansichten wendet sich aber eine dritte Meinung. Sie sieht unter „Recht“ iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB nur das staatliche Recht an.³⁶⁵ Dieser letzten Meinung zufolge würde eine Rechtswahl zugunsten des nicht-staatlichen Cyberlaw also nicht den Voraussetzungen des Art. 27 Abs. 1 EGBGB entsprechen.

Eine Auseinandersetzung mit diesen drei möglichen Ansätzen scheint geboten.

(a) Vorrang des Cyberlaw gegenüber staatlichem Recht

Gegen die Vorrangtheorie spricht, dass eine direkte Sachnormanwendung dem Cyberlaw einen uneingeschränkten Geltungsanspruch zubilligen würde. Dieser könnte aber nur unter Missachtung des nationalen Kollisionsrechts zustande kommen. Dagegen ist einzuwenden, dass die Parteien ebenso wie der Richter, der über den Sachverhalt im Streitfall zu entscheiden hat, an das geltende staatliche Recht gebunden sind. Das geltende staatliche Recht umfasst dabei auch das nationale Kollisionsrecht im Forumstaat, und nur unter seinen Voraussetzungen sind Parteivereinbarungen wie eine Rechtswahl wirksam.³⁶⁶ Es ist kein Grund dafür ersichtlich, dass ein transnationales Gebilde wie ein Cyberlaw dieses Kollisionsrecht umgehen könnte.

Das macht insbesondere Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EGBGB deutlich. Diese Vorschrift stellt klar, dass bei Sachverhalten mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates grundsätzlich die Vorschriften des EGBGB darüber bestimmen, welche Rechtsordnungen anzuwenden sind. Inwieweit ausnahmsweise andere Regelungen Vorrang vor dem EGBGB genießen sollen, legt wiederum Art. 3 Abs. 2 EGBGB fest. Dort wird aber in Satz 1 lediglich erwähnt, dass Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen dem Kollisionsrecht vorgehen, die unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind. Gem. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 EGBGB bleiben ferner Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft unberührt. Von transnationalen Regelwerken ist hingegen in Art. 3 Abs. 2 EGBGB nicht die Rede. Die ausdrückliche Klarstellung in dieser Norm lässt nun aber darauf schließen, dass abgesehen von den dort genannten Ausnahmen keine Regelungen existieren, die nach dem Willen des Gesetzgebers Vorrang vor den Normen des EGBGB genießen sollen. Stattdessen gilt die Grundregel des Art. 3 Abs. 1 EGBGB, wonach das nachfolgende Kollisionsrecht über das anwendbare Recht entscheidet.

³⁶⁵ *V.Bar*, IPR Bd. 2, Rn. 425; *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 27 EGBGB Rn. 12, 16.

³⁶⁶ *MK-BGB-Martiny*, Art. 27 EGBGB Rn. 32; *Siehr*, FS Keller (1989), S. 485 (501).

Nach alledem muss auch die Zulässigkeit der Wahl eines Cyberlaw anhand der geltenden Kollisionsnormen beurteilt werden. Vor diesem Hintergrund ist die Vorrangtheorie abzulehnen.

(b) Cyberlaw als Recht iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB

Es bleibt zu klären, ob das Cyberlaw ein „Recht“ iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB darstellt, das die Parteien wählen können. Fraglich ist, wie der Begriff „Recht“ in Art. 27 Abs. 1 EGBGB zu definieren ist, ob er nur staatliches Recht erfasst oder aber auch ein nicht-staatliches transnationales Regelwerk wie das Cyberlaw.

Bei der Erörterung dieser Frage hilft zunächst Art. 4 Abs. 2 EGBGB weiter, der eine Aussage über die Rechtswahl durch die Parteien trifft. In dieser Vorschrift wird die Möglichkeit der Rechtswahl damit umschrieben, dass „die Parteien das Recht eines Staates wählen können“. Unter dem „Recht eines Staates“ kann aber nur ein Recht verstanden werden, das von einer nationalen staatlichen Institution mit Gesetzgebungskompetenzen geschaffen wurde. Um eine nationale Rechtsordnung eines Staates handelt es sich bei dem Cyberlaw jedoch keineswegs. Das Cyberlaw soll gerade nicht von einer nationalen staatlichen Institution mit Gesetzgebungsbefugnissen geschaffen werden, sondern von den am Internet beteiligten Interessengruppen im Wege der Selbstregulierung entstehen. Auch hat das Cyberlaw keinen Geltungsbereich, der innerhalb nationaler Staatsgrenzen einzuordnen wäre, sondern es soll vielmehr im gesamten „Cyberspace“ Geltung beanspruchen. Das Cyberlaw ist demnach nicht das „Recht eines Staates“, wie es das deutsche Kollisionsrecht gem. Art. 4 Abs. 2 EGBGB bei einer Rechtswahl voraussetzt.³⁶⁷

Zu beachten ist aber, dass Art. 27 Abs. 1 EGBGB, der sich im Abschnitt über vertragliche Schuldverhältnisse befindet und somit eine spezielle Vorschrift für die Rechtswahl der Parteien von Verträgen darstellt, im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 2 EGBGB gerade nicht von dem „Recht eines Staates“ spricht, sondern lediglich von „Recht“. Insofern wird die Auffassung vertreten, Art. 27 Abs. 1 EGBGB sei Ausdruck einer besonders weitgehenden Rechtswahlfreiheit der Parteien im Schuldvertragsrecht, die es – wie der Wortlaut des Art. 27 Abs. 1 zeige – auch zulasse, ein nicht-staatliches Regelwerk zu wählen.³⁶⁸ Dies leuchtet auf den ersten Blick ein. Alle sonstigen Vorschriften, die den Parteien eine Rechtswahl eröffnen (Art. 10 Abs. 2 und 3 EGBGB, Art. 14 Abs. 2 bis 4 EGBGB, Art. 15 Abs. 2 und 3 EGBGB und Art.

³⁶⁷ *Osthaus*, AfP 2001, 13 (15).

³⁶⁸ *Kappus*, IPRax 1993, 137 (139); *Wichard*, RabelsZ 60 (1996), 269 (282).

25 Abs. 2 EGBGB), beschränken diese im Wortlaut auf das „Recht eines Staates“ oder auf „deutsches Recht“. Lediglich Art. 27 Abs. 1 und 2 EGBGB begnügen sich mit der Formulierung „Recht“. Fraglich ist also in der Tat, ob „Recht“ iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB eine weitergehende Bedeutung hat als „Recht eines Staates“ und neben dem nationalen staatlichen Recht auch transnationale nicht-staatliche Regelwerke beinhaltet.³⁶⁹

Für die Auslegung des Begriffes „Recht“ iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB kann zunächst Art. 3 Abs. 1 EGBGB herangezogen werden. Dort wird klargestellt, dass das Internationale Privatrecht bei Sachverhalten mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates darüber entscheidet, „welche Rechtsordnungen“ anzuwenden sind. Letztlich liefert diese Formulierung aber auch keine eindeutige Antwort. Vielmehr stellt sich hier dieselbe Frage, ob der Begriff der „Rechtsordnung“ nur nationales staatliches Recht umfasst oder ob des Weiteren auch ein transnationales nicht-staatliches Regelwerk dazugehört.³⁷⁰

Im Interesse einer einheitlichen Auslegung und Anwendung der Vorschriften über das anzuwendende Recht ist ferner gem. Art. 36 EGBGB das EVÜ zu berücksichtigen, welches den Artt. 27 ff. EGBGB zugrunde liegt. In Art. 1 Abs. 1 EVÜ wird festgelegt, dass das EVÜ dann Anwendung findet, wenn der Sachverhalt eine Verbindung zum „Recht verschiedener Staaten“ hat. Hier wird also vorausgesetzt, dass ein Sachverhalt Bezug zu staatlichem und nationalem Recht aufweist. Nicht hingegen wird erwähnt, dass er auch nicht-staatlichen und transnationalen Regelwerken unterliegen könnte. Zudem bestimmt Art. 2 EVÜ, dass das nach diesem Übereinkommen bezeichnete Recht auch dann anzuwenden ist, wenn es sich dabei um das „Recht eines Nichtvertragsstaats“ handelt. Wiederum wird vorausgesetzt, dass das bezeichnete Recht ein staatliches Recht ist. An dieser Stelle muss – anders als bei Art. 4 Abs. 2 EGBGB – auch nicht mehr einschränkend berücksichtigt werden, dass im Schuldvertragsrecht ein weiteres Verständnis der Rechtswahlfreiheit der Parteien herrschen kann als in den allgemeinen Vorschriften. Denn das EVÜ befasst sich gem. Art. 1 Abs. 1 EVÜ ausschließlich mit vertraglichen Schuldverhältnissen. Einzig dieses Verständnis entspricht letztlich auch dem traditionellen Ansatz des IPR: Ihm zufolge sind internationale Sachverhalte stets nach nationalen Rechtsordnungen zu beurteilen.³⁷¹ Das IPR legt fest, „welchen Staates Privatrecht“ auf einen Sachverhalt anzuwenden ist.³⁷²

³⁶⁹ Diese Frage wirft auch *Spickhoff* auf: *RabelsZ* 56 (1992), 116 (133).

³⁷⁰ Ebenso *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116 (133).

³⁷¹ *V.Bar/Mankowski*, IPR Bd. 1, § 2 Rn. 76; *Kegel/Schurig*, S. 53.

³⁷² *Junker*, IPR, Rn. 7.

(3) Ergebnis

Nach alledem haben die systematischen Überlegungen anhand der Vorschriften des EGBGB bzw. des zugrunde liegenden EVÜ ergeben, dass eine Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB sich immer auf ein nationales staatliches Recht beziehen muss. Insoweit irrt die an zweiter Stelle genannte Auffassung. Die Wahl des Cyberlaw, das ein transnationales nicht-staatliches Regelwerk darstellt, wäre insofern keine zulässige Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB. Vielmehr hat eine entsprechende Vereinbarung der Parteien, wonach ein transnationales nicht-staatliches Regelwerk auf ihren Vertrag Anwendung finden soll, nur die Wirkung einer subsidiären materiellrechtlichen Verweisung, über deren Wirksamkeit das anwendbare nationale Recht entscheidet.³⁷³

Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn zusätzlich zum Cyberlaw auch außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen für die Belange des Cyberspace geschaffen würden, die dem Cyberlaw zur direkten Geltung verhelfen können. Zu denken ist etwa an eine unabhängige Online-Schiedsgerichtsbarkeit durch private Organisationen³⁷⁴ wie das „Virtual Magistrate Project“³⁷⁵, die nicht an staatliches Recht gebunden ist und insofern eine Rechtswahl zugunsten des Cyberlaw nicht anhand nationaler Kollisionsnormen auf ihre Zulässigkeit hin überprüfen müsste.

bb) Wahl des UNCITRAL-Modellgesetzes zum Elektronischen Geschäftsverkehr

Bei einem Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr kommt ferner in Betracht, dass die Parteien ihren Vertrag dem „UNCITRAL-Modellgesetz zum Elektronischen Geschäftsverkehr (1996)“³⁷⁶ unterstellen. Allerdings ist fraglich, ob Art. 27 Abs. 1 EGBGB es zulässt, dass die Parteien als Vertragsstatut ein solches Recht wählen, das eine internationale Organisation geschaffen hat.

Zur Beantwortung dieser Frage ist wiederum darauf hinzuweisen, dass den Parteien in Art. 27 Abs. 1 EGBGB nur die Wahl eines nationalen staatlichen Rechts gestattet ist. Das Modellgesetz zum Elektronischen Geschäftsverkehr ist jedoch von dem UNO-Ausschuss für

³⁷³ So zumindest für die Lex mercatoria: Erman-Hohloch, Art. 27 EGBGB Rn. 9; v.Hoffmann/Thorn, § 10 Rn. 28; MK-BGB-Martiny, Art. 27 EGBGB Rn. 31; Soergel-v.Hoffmann, Art. 27 EGBGB Rn. 16; Staudinger-Magnus, Art. 27 EGBGB Rn. 49.

³⁷⁴ Vgl. dazu etwa Jung, K&R 1999, 63 ff.; Mankowski, AfP 1999, 138 (140); Mayer, NJW 1996, 1782 (1790). Weiterführend Behr, Konfliktlösung im Internet (2005); Kalanke, Schiedsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsähnliche Verfahren im Internet (2004).

³⁷⁵ Zu finden unter <http://www.vmag.org>. Dazu Jung, K&R 1999, 63 ff.

³⁷⁶ Zu finden unter <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-ec-e.pdf>. Dazu näher v.Bernstorff, RIW 2000, 14 (18 ff.); Bierehoven, S. 339-347.

Internationales Handelsrecht (UNCITRAL) lediglich als ein Mustergesetz entworfen worden, das den Staaten der Welt als Vorlage für ihre eigene nationale Gesetzgebung dienen soll.³⁷⁷ Dazu soll ein „Guide to Enactment“ die nötige Hilfestellung leisten.³⁷⁸ Seine Vorschriften können aber nur dann als nationales staatliches Recht Geltung erlangen, wenn ein Staat seine Gesetzgebung tatsächlich anhand des Modellgesetzes erneuert. Dies ist etwa in Singapur und Südkorea geschehen.³⁷⁹ Für eine Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB steht das UNCITRAL-Modellgesetz zum Elektronischen Geschäftsverkehr hingegen nicht zur Verfügung.

c) Ergebnis

Als zu wählendes Recht kommt neben solchen nationalen Rechtsordnungen, zu denen persönliche oder örtliche Bezüge bestehen, auch die Wahl eines neutralen Rechts in Betracht. Es muss sich aber immer um eine nationale Rechtsordnung handeln. Die Wahl eines außerstaatlichen Regelwerks ist im Rahmen des Art. 27 EGBGB nicht zulässig. Die Parteien eines Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehr via Internet könnten demnach weder ein transnationales Cyberlaw noch das UNCITRAL-Modellgesetz zum Elektronischen Geschäftsverkehr in einer Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB wirksam vereinbaren.

3. Geltung der intern zwingenden Vorschriften einer anderen Rechtsordnung gem.

Art. 27 Abs. 3 EGBGB

Gem. Art. 27 Abs. 3 EGBGB können trotz einer Rechtswahl die zwingenden Bestimmungen des Rechts eines anderen Staates Anwendung finden. Dies ist dann der Fall, wenn der sonstige Sachverhalt im Zeitpunkt der Rechtswahl nur mit einem Staat verbunden ist, also ein reiner Inlandssachverhalt³⁸⁰ ist. Dann gelten gem. Art. 27 Abs. 3 EGBGB – ungeachtet der Rechtswahl und einer etwaigen ergänzenden Gerichtsstandsvereinbarung – diejenigen Bestimmungen des betreffenden Staates, von denen durch Vertrag nicht abgewichen werden kann. Es handelt sich hierbei um die intern zwingenden Bestimmungen, d.h. um alle Vorschriften, die im nationalen Sachrecht unabdingbar sind.³⁸¹

³⁷⁷ V. Bernstorff, RIW 2000, 14 (19); Bierehoven, S. 337.

³⁷⁸ Guide to Enactment, A/51/628 v. 16.12.1996. Abzurufen auf derselben Webseite wie das UNCITRAL-Modellgesetz zum Elektronischen Geschäftsverkehr.

³⁷⁹ V. Bernstorff, RIW 2000, 14 (19).

³⁸⁰ Junker, IPR, Rn. 353; Lorenz, RIW 1987, 569 (574).

³⁸¹ Junker, IPR, Rn. 354.

a) Anwendungsbereich

Zunächst ist der Anwendungsbereich des Art. 27 Abs. 3 EGBGB klarzustellen. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass in besonderen Konstellationen weitere Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Rechtswahl und die mögliche Anwendbarkeit der intern zwingenden Vorschriften einer anderen Rechtsordnung gelten.³⁸² So wird die Geltung zwingender Vorschriften einer anderen Rechtsordnung etwa durch Art. 29 Abs. 1 EGBGB³⁸³ oder durch Art. 29a Abs. 1 EGBGB³⁸⁴ angeordnet, sofern deren besondere Voraussetzungen vorliegen. Ferner ist auf Art. 34 EGBGB zu achten, der die Geltung der international zwingenden Bestimmungen des deutschen Rechts in all jenen Fällen festschreibt, in denen das Kollisionsrecht zu dem Ergebnis geführt hat, dass ein anderes als das deutsche Recht auf den Vertrag anzuwenden ist.³⁸⁵

Für den Fall einer Rechtswahl durch die Parteien ist somit zu differenzieren: Art. 27 Abs. 3 EGBGB ist einschlägig, wenn ein reiner Inlandssachverhalt vorliegt und im Wege der Rechtswahl das deutsche Recht als Vertragsstatut bestimmt wurde; geregelt wird die Geltung intern zwingender Vorschriften einer ausländischen Rechtsordnung.³⁸⁶ Hingegen ist Art. 34 EGBGB heranzuziehen, wenn in einer Rechtswahl ausländisches Recht gewählt wurde; festgeschrieben wird hier die Geltung international zwingender Bestimmungen des deutschen Rechts, d.h. der sogenannten Eingriffsnormen.³⁸⁷ Art. 29 Abs. 1 EGBGB ist demgegenüber sowohl im Falle der Wahl deutschen Rechts als auch im Falle der Wahl einer ausländischen Rechtsordnung einschlägig, sofern ein Verbrauchervertrag vorliegt und die besonderen Umstände des Vertragsabschlusses gegeben sind. Dagegen ist Art. 29a EGBGB nur dann zu berücksichtigen, wenn das Recht eines Staates gewählt wurde, der kein Mitgliedstaat der Europäischen Union ist, und wenn wiederum besondere Voraussetzungen bei den Vertragsabschlussmodalitäten erfüllt sind.

b) Voraussetzungen

Im vorliegenden Kontext ist aber vorerst nur zu klären, inwieweit die Voraussetzungen des Art. 27 Abs. 3 EGBGB auf einen Vertrag im Internet anwendbar sind.

³⁸² *Junker*, IPR, Rn. 355.

³⁸³ Vgl. dazu unten Abschnitt C IV im 2. Teil dieser Arbeit.

³⁸⁴ Vgl. dazu unten Abschnitt C V im 2. Teil dieser Arbeit.

³⁸⁵ Dazu näher unten Abschnitt C VI im 2. Teil dieser Arbeit.

³⁸⁶ *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 34 EGBGB Rn. 4.

³⁸⁷ *Borges*, ZIP 1999, 565 (571); *Lorenz*, RIW 1987, 569 (578); *MK-BGB-Martiny*, Art. 34 EGBGB Rn. 3, 9; *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 34 EGBGB Rn. 3.

Entscheidende Voraussetzung des Art. 27 Abs. 3 EGBGB ist, dass der Sachverhalt im Zeitpunkt der Rechtswahl nur mit einem Staat verbunden ist. Nicht mehr mit nur einem einzigen Staat ist ein Sachverhalt dann verbunden, wenn eines derjenigen objektiven Anknüpfungsmerkmale zu einer fremden Rechtsordnung führt, die im Rahmen des Art. 28 Abs. 1 EGBGB zur Anwendung gelangen.³⁸⁸ Zu denken ist etwa daran, dass sich der Ort, an dem der Vertrag geschlossen wurde, in einem Staat, der Sitz und der gewöhnliche Aufenthaltsort der Parteien jedoch in einem anderen Staat befindet.³⁸⁹ Ferner ist es beispielsweise möglich, dass die Parteien ihren Sitz bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort in verschiedenen Staaten haben und auch die Leistungserbringung zwischen diesen Staaten erfolgt.³⁹⁰

c) Anwendung auf einen elektronisch abgeschlossenen Vertrag

Das letztgenannte Kriterium lässt sich auch auf einen Vertrag im Internet anwenden: Ein Inlandssachverhalt ist zu verneinen, wenn die Parteien ihren Sitz bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort in verschiedenen Staaten haben. Hingegen kann das Kriterium des Abschlussortes bei einem elektronischen Vertragsschluss nicht angewandt werden, da die Parteien für den Abschluss ihres Vertrages nicht an einem Ort in der realen Welt zusammentreffen.

Zu erwägen ist bei einem elektronischen Vertragsschluss jedoch, einen Inlandssachverhalt sogar dann, wenn die Parteien ihren Sitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat haben, unter Hinweis auf die bloße Kommunikation via Internet zu verneinen. So könnte für die Verneinung eines reinen Inlandssachverhalts schon der Umstand ausreichend sein, dass sich der Server, auf dem der Warenanbieter seine Webseite gespeichert hat, in einem anderen Staat befindet. Auch könnte man daran denken, einen reinen Inlandssachverhalt deswegen abzulehnen, weil die Erklärungen der Parteien, die via Internet übermittelt werden, als Datenpakete ihren Weg durch die Telefonnetze verschiedener Staaten nehmen können.

Eine derartige Argumentation wäre aber nur dann möglich, wenn jede noch so geringfügige und zufällige Auslandsberührung ausschlaggebend wäre. Bereits an der Einschränkung des Art. 27 Abs. 3 EGBGB, wonach auch die zusätzliche Vereinbarung eines Gerichtsstands in einem anderen Staat nicht ausreichend ist, um das Vorliegen eines Inlandssachverhalts zu verneinen, wird jedoch deutlich, dass eine derart enge Auslegung der Vorschrift nicht gewollt sein kann. Rein zufällige Beziehungen des Sachverhalts zu einer Rechtsordnung können inso-

³⁸⁸ Erman-Hohloch, Art. 27 EGBGB Rn. 26; Junker, IPR, Rn. 354; Lorenz, RIW 1987, 569 (575); MK-BGB-Martiny, Art. 27 EGBGB Rn. 78; Staudinger-Magnus, Art. 27 EGBGB Rn. 122.

³⁸⁹ BGHZ 135, 124 (130).

³⁹⁰ BGHZ 123, 380 (384).

fern nicht ausschlaggebend sein.³⁹¹ Folglich sind die genannten Umstände eines Vertragsabschlusses via Internet nicht ausreichend, um einen Inlandssachverhalt zu verneinen.

4. Ergebnis

Die Wirksamkeit einer ausdrücklichen Rechtswahl der Parteien iSd. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 EGBGB, die auf elektronischem Wege vorgenommen wird, wurde exemplarisch anhand des deutschen Rechts geprüft. Danach lässt sich festzustellen, dass keine Rechtsanwendungsprobleme aufgrund des Umstandes auftreten, dass der Vertrag auf elektronischem Wege geschlossen wird. So bestehen hinsichtlich der grundsätzlichen Zulässigkeit einer elektronischen Willenserklärung keine Bedenken. Auch die Bestimmung des Zugangs bereitet letztlich keine Schwierigkeiten. Besonderheiten sind allerdings dann zu beachten, wenn die Rechtswahl durch Einbeziehung einer AGB-Rechtswahlklausel in den Hauptvertrag erfolgt. Hier ist genau zu überprüfen, ob die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme der elektronischen AGB besteht. Fremdsprachige AGB sollten in der Verhandlungs- und Vertragssprache formuliert sein.

Eine konkludente Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 EGBGB kommt bei einem Vertragsabschluss via Internet nur dann in Betracht, wenn sich der Parteiwillen aus den Bestimmungen des Vertrages ablesen lässt. Hingegen lassen die besonderen Umstände des Vertragsschlusses regelmäßig keinen Rückschluss auf den Willen der Parteien zu, ihren Vertrag einem bestimmten Recht zu unterstellen.

Hinsichtlich des zu wählenden Rechts ist schließlich darauf hinzuweisen, dass es den Parteien eines elektronischen Vertrages verwehrt wäre, die Anwendbarkeit eines außerstaatlichen transnationalen Cyberlaw auf ihren Vertrag festzulegen. Auch die Wahl des UNCITRAL-Modellgesetzes zum Elektronischen Geschäftsverkehr ist nicht möglich.

III. Objektive Anknüpfung gem. Art. 28 EGBGB

Sofern weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Rechtswahl der Parteien vorliegt, ist das anwendbare Recht im Wege der objektiven Anknüpfung, d.h. anhand der Voraussetzungen des Art. 28 EGBGB zu bestimmen.

Gem. Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterliegt der Vertrag grundsätzlich dem Recht des Staates, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen aufweist. Für die Frage, zu welchem

³⁹¹ Lorenz, RIW 1987, 569 (575); Schurig, *RabelsZ* 54 (1990), 217 (223).

Staat der Vertrag die engsten Verbindungen hat, enthält das Gesetz in Art. 28 Abs. 2 bis 4 EGBGB verschiedene Vermutungen. Im vorliegenden Kontext sind die beiden Vermutungen des Art. 28 Abs. 2 EGBGB von Interesse. In Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit demjenigen Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. ihre Hauptverwaltung hat. Diese Vermutung greift allerdings nicht, wenn der Vertrag in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit abgeschlossen wurde. Dann wird gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit demjenigen Staat aufweist, in dem sich die Hauptniederlassung oder, sofern die charakteristische Leistung nach dem Vertrag von einer anderen als der Hauptniederlassung zu erbringen ist, die andere Niederlassung befindet.

Lässt sich die charakteristische Leistung in Einzelfällen nicht bestimmen, so ist gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 3 EGBGB die Vermutung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2 EGBGB nicht anwendbar. Stattdessen ist dann auf die Grundregel des Art. 28 Abs. 1 EGBGB zurückzugreifen.³⁹² Beide gesetzlichen Vermutungen des Art. 28 Abs. 2 EGBGB werden ferner gem. Art. 28 Abs. 5 EGBGB dann ausgeschaltet, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist.

Fraglich ist, inwieweit sich die genannten Voraussetzungen für die objektive Anknüpfung auf einen Vertrag im Internet anwenden lassen. Dies gilt es im Folgenden zu untersuchen.

1. Anknüpfung an die engste Verbindung

Nach der Grundregel des Art. 28 Abs. 1 EGBGB ist auf einen Vertrag das Recht jenes Staates anwendbar, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles ist demnach festzustellen, wo der Vertrag seinen räumlichen Schwerpunkt hat. Maßgeblich ist dabei – wie in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB und in Art. 28 Abs. 4 Satz 1 EGBGB ausdrücklich festgeschrieben – der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.³⁹³

Als Indizien für die engste Verbindung iSd. Art. 28 Abs. 1 EGBGB kommen dabei insbesondere diejenigen Kriterien in Betracht, die sich aus den gesetzlichen Vermutungen der Absätze 2 bis 4 sowie aus den übrigen Vorschriften für die objektive Anknüpfung, d.h. aus Art.

³⁹² Erman-*Hohloch*, Art. 28 EGBGB Rn. 18; MK-BGB-*Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 52; Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 28 EGBGB Rn. 4; Staudinger-*Magnus*, Art. 28 EGBGB Rn. 91.

³⁹³ Erman-*Hohloch*, Art. 28 EGBGB Rn. 20; MK-BGB-*Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 25; Staudinger-*Magnus*, Art. 28 EGBGB Rn. 61.

29 Abs. 2 EGBGB und Art. 30 Abs. 2 EGBGB, ablesen lassen.³⁹⁴ Als starkes Indiz, das auch im Gesetz selbst an anderer Stelle verwendet wird, gilt danach etwa der gewöhnliche Aufenthaltsort oder der Sitz der Parteien.³⁹⁵ Hingegen sind der Ort des Vertragsabschlusses, die Vertragssprache, die vertraglich vereinbarte Währung einer Geldleistung oder die Staatsangehörigkeit der Parteien nur schwache Indizien.³⁹⁶ Über die Gewichtung des Erfüllungsortes herrschen unterschiedliche Auffassungen.³⁹⁷ Regelmäßig gar keine Indizwirkung haben Gerichtsstands- oder Schiedsklauseln. Zwar sind sie bei der Ermittlung einer stillschweigenden Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB zu berücksichtigen.³⁹⁸ Kann ihnen aber bereits dort keine eindeutige Aussage hinsichtlich des anzuwendenden Rechts entnommen werden, kann ihnen im Rahmen der objektiven Anknüpfung regelmäßig ebenfalls keine Indizwirkung zukommen.³⁹⁹

Die Anwendung der genannten Kriterien auf den Vertrag ist letztlich abhängig von den Umständen des Einzelfalles. Dabei ergeben sich keine Besonderheiten aufgrund der Tatsache, dass ein Vertrag im Internet abgeschlossen wurde. Ohnehin ist zu bedenken, dass Art. 28 Abs. 1 EGBGB nur dann Anwendung findet, wenn die Vermutungen der Absätze 2 bis 4 nicht einschlägig sind. Im Hinblick auf Internet-Verträge ist daher das Augenmerk auf Art. 28 Abs. 2 EGBGB zu richten.⁴⁰⁰

2. Regelanknüpfung an die charakteristische Leistung gem. Art. 28 Abs. 2 EGBGB

In Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem diejenige Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. ihre Hauptverwaltung hat. Der Begriff der charakteristischen Leistung wird weder im EGBGB noch im EVÜ selbst definiert. Der Bericht *Giuliano/Lagarde*⁴⁰¹ und die Begründung des Regierungsentwurfs⁴⁰² geben jedoch Aufschluss darüber, dass sich die Bestimmung der charak-

³⁹⁴ Staudinger-*Magnus*, Art. 28 EGBGB Rn. 36.

³⁹⁵ Erman-*Hohloch*, Art. 28 EGBGB Rn. 11; Staudinger-*Magnus*, Art. 28 Rn. 40.

³⁹⁶ MK-BGB-*Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 78, 80, 84, 86; Staudinger-*Magnus*, Art. 28 EGBGB Rn. 44, 45.

³⁹⁷ Für eine starke Indizwirkung: Soergel-*v.Hoffmann*, Art. 28 EGBGB Rn. 128; in Bezug auf Art. 4 Abs. 1 EVÜ auch *Dicey/Morris*, 32-107. Für eine schwache Indizwirkung: Erman-*Hohloch*, Art. 28 EGBGB Rn. 12; MK-BGB-*Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 81; Staudinger-*Magnus*, Art. 28 EGBGB Rn. 42.

³⁹⁸ Vgl. Abschnitt C II 1b aa im 2. Teil dieser Arbeit.

³⁹⁹ Staudinger-*Magnus*, Art. 28 EGBGB Rn. 51. Im Ergebnis ebenso Erman-*Hohloch*, Art. 28 EGBGB Rn. 12; MK-BGB-*Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 75, 76.

⁴⁰⁰ Ebenso *Wildemann*, Vertragsschluss im Netz, S. 138.

⁴⁰¹ BT-Drucks. 10/503, S. 52.

⁴⁰² BT-Drucks. 10/504, S. 77.

teristischen Leistung am Konzept der Vertragstypenlehre orientiert.⁴⁰³ Danach ist für die Bestimmung der charakteristischen Leistung stets jene Verpflichtung maßgeblich, die für den Vertrag typisch ist: Als charakteristisch ist diejenige Leistung anzusehen, die den Vertrag von anderen Verträgen unterscheidet.⁴⁰⁴ Hingegen kommt es regelmäßig nicht auf die Geldleistung an, die als Entgelt für die verschiedenartigsten Leistungen vereinbart wird und somit ein untypisches Element darstellt.⁴⁰⁵ So ist etwa bei einem Kaufvertrag die Lieferung des Kaufgegenstandes die charakteristische Leistung.⁴⁰⁶

Dies gilt ohne weiteres auch bei einem Kaufvertrag, der im Internet abgeschlossen wird. Insofern ist nun zu klären, inwieweit sich die gesetzlichen Vermutungen auf Internet-Sachverhalte anwenden lassen.

a) Gewöhnlicher Aufenthalt bzw. Hauptverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB

Der Vermutung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB zufolge weist ein Vertrag die engste Verbindung zu demjenigen Staat auf, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, sofern es sich um eine Gesellschaft, einen Verein oder eine juristische Person handelt, ihre Hauptverwaltung hat. Diese Vermutung kann aber nur zum Tragen kommen, sofern die Partei nicht in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt. Die Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit ist zu bejahen, wenn die Tätigkeit der Erzielung von Einkommen dient, im Wettbewerb mit anderen Gewerbetreibenden bzw. Freiberuflern erfolgt und nicht der Privatsphäre der Partei zugerechnet werden kann.⁴⁰⁷

Handelt es sich bei dem Schuldner der charakteristischen Leistung um eine natürliche Person, ist also der gewöhnliche Aufenthalt entscheidend. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts wird weder im EGBGB noch im EVÜ definiert und ist daher autonom auszulegen⁴⁰⁸: Es handelt sich um den aus den tatsächlichen Verhältnissen ersichtlichen Lebensmittelpunkt der Partei, der auf eine gewisse Dauer angelegt sein muss.⁴⁰⁹ Der Begriff des gewöhnlichen Auf-

⁴⁰³ Zur Kritik an diesem Konzept der charakteristischen Leistung vgl. *Morse*, Yb.Eur.L. 2 (1982), S. 107 (126 ff.); *Staudinger-Magnus*, Art. 28 EGBGB Rn. 65.

⁴⁰⁴ *MK-BGB-Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 30; *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 28 EGBGB Rn. 3; *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 28 EGBGB Rn. 23; *Geisler*, S. 186f.

⁴⁰⁵ *MK-BGB-Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 30.

⁴⁰⁶ *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 28 EGBGB Rn. 3.

⁴⁰⁷ *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 28 EGBGB Rn. 59; *MK-BGB-Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 44.

⁴⁰⁸ *MK-BGB-Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 40; *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 28 EGBGB Rn. 61.

⁴⁰⁹ BGHZ 78, 293 (295); NJW 1975, 1068 (1068); *Junker*, IPR, Rn. 136; *MK-BGB-Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 40; *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 28 EGBGB Rn. 61.

enthalt ist damit im Sinne eines faktischen Wohnsitzes zu verstehen.⁴¹⁰ Sofern die Partei, die die charakteristische Leistung zu erbringen hat, eine Gesellschaft, ein Verein oder eine juristische Person ist, ist als Anknüpfungsmerkmal hingegen die Hauptverwaltung maßgeblich. Zu beachten ist dabei, dass nicht etwa der durch Gesetz oder durch Satzung festgelegte Sitz ausschlaggebend ist, sondern die tatsächliche Verwaltung. Entscheidend ist insofern der Ort, an dem die zentrale geschäftliche Leitung durch den oder die gesetzlichen Vertreter erfolgt.⁴¹¹

Diese Anknüpfungsmerkmale schaffen bei einem Vertragsabschluss via Internet keine besonderen Probleme. Wie bereits im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO ausgeführt, muss selbst ein virtuelles Unternehmen, das keinerlei Geschäftsräume in der realen Welt besitzt, sondern nur mit einer Webseite im Internet präsent ist, zumindest reale Geschäftsführer haben, die die geschäftliche Leitung der Gesellschaft bzw. der juristischen Person innehaben. Insofern ist der Ort der Hauptverwaltung auch für ein virtuelles Unternehmen bestimmbar. Dies gilt freilich nur dann, wenn das virtuelle Unternehmen überhaupt eine Gesellschaft oder eine juristische Person ist.

Zu beachten ist allerdings, dass ein Unternehmen, das im elektronischen Geschäftsverkehr tätig ist, bei Vornahme der charakteristischen Leistung regelmäßig in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt, so dass insoweit nicht Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB, sondern Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB einschlägig ist.

b) Niederlassung gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB

Die Anwendung des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB bereitet bei Internet-Sachverhalten Schwierigkeiten. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB formuliert eine Vermutung dahingehend, dass der Vertrag die engsten Verbindungen zu dem Staat aufweist, in dem sich die Hauptniederlassung jener Partei befindet, die die charakteristische Leistung zu erbringen hat, oder, sofern die charakteristische Leistung nach dem Vertrag von einer anderen Niederlassung zu erbringen ist, in dem sich diese andere Niederlassung befindet. Die Vorschrift findet dann Anwendung, wenn jene Partei, die die charakteristische Leistung zu erbringen hat, in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.⁴¹² Im Gegensatz zu Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB findet sich keine Aussage über den Anknüpfungszeitpunkt. Analog zu Satz 1 ist je-

⁴¹⁰ BGHZ 78, 293 (295); BGH NJW 1975, 1068 (1068); *Junker*, IPR, Rn. 136; *MK-BGB-Sonnenberger*, Einl. IPR Rn. 665.

⁴¹¹ *MK-BGB-Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 42; *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 28 EGBGB Rn. 62; *Staudinger-Magnus*, Art. 28 EGBGB Rn. 85.

⁴¹² Vgl. zur Definition Abschnitt B VI 1 im 1. Teil dieser Arbeit.

doch davon auszugehen, dass auch hier der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entscheidend ist.⁴¹³

aa) Begriff der Niederlassung

Der Niederlassungsbegriff ist weder im EGBGB noch im EVÜ definiert. Er ist daher autonom auszulegen.⁴¹⁴ Im Interesse einer einheitlichen Auslegung der zugrunde liegenden Vorschriften des EVÜ in den Vertragsstaaten iSd. Art. 36 EGBGB ist dabei die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Abs. 5 EuGVÜ/LugÜ heranzuziehen, der den gleichen Begriff aufweist⁴¹⁵: Danach ist eine Niederlassung ein Mittelpunkt geschäftlicher Tätigkeit, der auf Dauer angelegt ist, eine eigene Geschäftsführung hat und sowohl personell als auch sachlich hinreichend ausgestattet ist, um Geschäfte im Außenverhältnis mit Dritten zu betreiben und abzuwickeln.⁴¹⁶ Sind mehrere Niederlassungen vorhanden, so ist die Hauptniederlassung diejenige, von der aus die Aufsicht und Leitung erfolgt.⁴¹⁷ Eine „andere Niederlassung“ iSd. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB ist demgegenüber eine solche, die zwar alle Merkmale der Niederlassung erfüllt, aber unter der Aufsicht und Leitung des Haupthauses steht.⁴¹⁸

bb) Anwendung auf Internet-Sachverhalte

Grundsätzlich spricht auch bei der Vermutung des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB auf den ersten Blick nichts dagegen, sie auf einen Vertrag anzuwenden, der im Internet abgeschlossen wurde.⁴¹⁹ Allerdings sind zwei Problemkreise genauer zu beleuchten. Zunächst stellt sich die Frage, ob Unternehmen, die im Internet-Handel tätig sind, überhaupt Niederlassungen iSd. Vorschrift haben. Insoweit sei auf die obige Darstellung im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO verwiesen: Eine Niederlassung kann nur dann bestehen, wenn nicht nur ein Operationszentrum für den Warenversand vorhanden ist, sondern auch ein geschäftlicher Kontakt

⁴¹³ MK-BGB-Martiny, Art. 28 EGBGB Rn. 37; Soergel-v.Hoffmann, Art. 28 EGBGB Rn. 71.

⁴¹⁴ Soergel-v.Hoffmann, Art. 28 EGBGB Rn. 87.

⁴¹⁵ V.Bar, IPR Bd. 2, Rn. 510; Junker, IPR, Rn. 364; Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203 (222); Soergel-v.Hoffmann, Art. 28 EGBGB Rn. 70, 67 (dort Fn. 123); Staudinger-Magnus, Art. 28 EGBGB Rn. 87. Vgl. auch MK-BGB-Martiny, Art. 28 EGBGB Rn. 45, 47.

⁴¹⁶ EuGH, Urteil vom 22.11.1978, Rs. 33/78 – *Somafer*, Slg. 1978, 2183 Rn. 12; Urteil vom 18.3.1981, Rs. 139/80 – *Blanckaert & Willems / Trost*, Slg. 1981, 819 Rn. 9, 11-13; Urteil vom 9.12.1987, Rs. 218/86 – *Schotte / Parfums Rothschild*, Slg. 1987, 4905 Rn. 10; Urteil vom 6.4.1995, Rs. C-439/93 – *Lloyd's Register of Shipping / Société Campenon Bernard*, Slg. 1995, I-961 Rn. 18.

⁴¹⁷ MK-BGB-Martiny, Art. 28 EGBGB Rn. 46; Soergel-v.Hoffmann, Art. 28 EGBGB Rn. 66; Staudinger-Magnus, Art. 28 EGBGB Rn. 86.

⁴¹⁸ MK-BGB-Martiny, Art. 28 EGBGB Rn. 48; Soergel-v.Hoffmann, Art. 28 EGBGB Rn. 67; Staudinger-Magnus, Art. 28 EGBGB Rn. 87.

⁴¹⁹ Junker, RIW 1999, 809 (818); Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203 (220); Sandrock, ZVglRWiss 98 (1999), 227 (236).

mit den Kunden erfolgt, im Rahmen dessen das Personal auch zum Abschluss von Geschäften befugt ist.⁴²⁰

Selbst wenn eine derartige Niederlassung tatsächlich vorliegt, ist des Weiteren kritisch zu betrachten, ob überhaupt die 2. Alternative des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB bei einem Vertragsschluss im Internet einschlägig sein kann. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 EGBGB setzt voraus, dass „nach dem Vertrag“ eine andere als die Hauptniederlassung die Leistung zu erbringen hat. Das bedeutet, dass zwischen den Vertragsparteien eine vertragliche Vereinbarung über die Leistungserbringung durch eine ganz bestimmte Niederlassung erfolgt sein muss. Dies wiederum ist nur dann möglich, wenn für den Vertragspartner zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Bestehen verschiedener Niederlassungen überhaupt erkennbar ist. Hinsichtlich der Frage der Erkennbarkeit wird auf die oben im Rahmen des Art. 1 Abs. 2 CISG gefundenen Ergebnisse verwiesen: Bei einem Vertragsschluss im Internet ist die Lokalisierung von Niederlassungen vielfach nicht möglich.⁴²¹ Bei fehlender Kenntnis über die Niederlassungen eines Unternehmers kann eine vertragliche Vereinbarung iSd. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB über die Leistungserbringung durch eine „andere Niederlassung“ aber nicht getroffen werden. Das Anknüpfungsmerkmal der „anderen Niederlassung“ ist insofern bei Internet-Verträgen regelmäßig nicht anwendbar.⁴²²

cc) Rückgriff auf Art. 28 Abs. 1 EGBGB wegen fehlender Erkennbarkeit der Niederlassung

Fraglich ist, welche Konsequenzen sich aus dem Umstand ergeben, dass die Niederlassung für den Kunden bei einem Vertragsschluss im Internet regelmäßig nicht erkennbar ist. Von einer einzelnen Literaturmeinung werden die Anknüpfungsmerkmale gem. Art. 28 Abs. 2 EGBGB als grundsätzlich ungeeignet für Internet-Sachverhalte angesehen.⁴²³ Vorgeschlagen wird daher ein Rückgriff auf Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB und eine Bestimmung der engsten Verbindung anhand verschiedener Indizien wie etwa der Vertragssprache, da andere Anknüpfungsmomente im Internet „wenig zur Geltung kommen“.⁴²⁴

Wie soeben erörtert wurde, ist Letzteres zwar richtig. Dennoch erscheint die Schlussfolgerung fragwürdig. Eine differenzierte Betrachtung ist angebracht: Die Erkennbarkeit ist zunächst deswegen von Relevanz, weil eine „andere Niederlassung“ nur dann als Anknü-

⁴²⁰ Vgl. Abschnitt B III 1b aa (1) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴²¹ Vgl. Abschnitt B III 1b aa im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴²² Auf das Problem der Lokalisierung weist auch *Wildemann* hin: *Wildemann*, Vertragsschluss im Netz, S. 140.

⁴²³ *Deville/Kaltheiner*, NJW-CoR 1997, 168 (168).

⁴²⁴ *Deville/Kaltheiner*, NJW-CoR 1997, 168 (168).

fungsmerkmal in Betracht kommt, wenn diese Niederlassung „nach dem Vertrag“ die Leistung erbringen sollte. Ist diese für den Kunden nicht ersichtlich, kann eine solche vertragliche Einigung nicht erfolgen. Die zweite Alternative des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB ist dann nicht einschlägig. Durch die Tatsache, dass eine „andere Niederlassung“ aufgrund des fehlenden Bewusstseins einer Partei nicht vertraglich vereinbart wurde, wird jedoch das Anknüpfungsmerkmal der Niederlassung iSd. Art. 28 Abs. 2 EGBGB nicht als solches unanwendbar.

Das Problem der Lokalisierung einer Niederlassung im elektronischen Geschäftsverkehr ist letztlich ein tatsächliches und damit ein beweistechnisches Problem, nicht hingegen ein kollisionsrechtliches. Der Umstand, dass die Vertragsverhandlungen und der Vertragsabschluss via Internet vorgenommen werden, betrifft ausschließlich das Kommunikationsmedium. Durch die bloße Wahl dieses Kommunikationsmediums sind aber nicht zugleich die grundlegenden Anknüpfungsregeln des IPR in Frage zu stellen. Demnach hat Art. 28 Abs. 2 EGBGB grundsätzlich auch bei Internet-Sachverhalten einen eigenen Anwendungsbereich. Trotz möglicher beweistechnischer Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Hauptniederlassung eines Vertragspartners, mit dem via Internet kommuniziert wird, findet die Vermutung des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB daher grundsätzlich auch auf Vertragsabschlüsse im Internet Anwendung.⁴²⁵

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn es sich um ein Unternehmen handelt, das überhaupt keine Niederlassung im Sinne der Definition darstellt. Möglich ist etwa, dass ein virtuelles Unternehmen dem Niederlassungsbegriff deswegen nicht gerecht wird, weil abgesehen von der Internet-Präsenz gar kein realer Ort geschäftlicher Tätigkeit existiert, an dem sich dauerhaft sachliche und personelle Mittel befinden, wie es die Definition des EuGH zum Niederlassungsbegriff verlangt. In diesem Fall ist dann trotz Vorliegens einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit iSd. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB das Augenmerk letztlich auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Unternehmers iSd. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB zu richten – , eben weil gar keine Niederlassung iSd. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB existiert.⁴²⁶ Keinesfalls ist es jedoch erforderlich, pauschal für alle Internet-Sachverhalte die gesetzlichen Vermutungen des Art. 28 Abs. 2 zu übergehen und direkt auf Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB zurückzugreifen, wie es in der Literatur vorgeschlagen wird.

Die gesetzliche Vermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB kann jedoch gem. Art. 28 Abs. 5 EGBGB widerlegt werden, sofern sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Ver-

⁴²⁵ Ebenso *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (226); *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 28 EGBGB Rn. 4; *Reich/Nordhausen*, Rn. 104 ff.; *Sandrock*, *ZVglRWiss* 98 (1999), 227 (236) .

⁴²⁶ *Geisler*, S. 221; *Junker*, *RIW* 1999, 809 (818); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (229); *Martiny*, *ZEuP* 1999, 246 (259); *Schu*, *Int. J. L. Inf. Tech.* 5 (1997), 192 (221f.).

trag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist. Dies ist abhängig von den besonderen Umständen des Einzelfalles. Die Einzelheiten der Anwendung von Art. 28 Abs. 5 EGBGB auf Internet-Sachverhalte sollen im Folgenden dargestellt werden.

3. Ausweichklausel gem. Art. 28 Abs. 5 EGBGB

Gem. Art. 28 Abs. 5 EGBGB finden die gesetzlichen Vermutungen des Art. 28 Abs. 2 EGBGB keine Anwendung, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Sachverhalt engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist. Dabei müssen die Umstände allerdings deutlich gewichtiger sein als die Verbindungen, die zu derjenigen Rechtsordnung bestehen, auf die die Vermutungen des Art. 28 Abs. 2 EGBGB hindeuten.⁴²⁷ Nicht ausreichend sind demnach bloß flüchtige, schwache Berührungspunkte mit einem weiteren Staat.⁴²⁸ Wiederum ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen, wobei jedoch gerade bei der Gesamtabwägung auch nachträgliche Veränderungen berücksichtigungsfähig sind.⁴²⁹

Umstritten ist jedoch, welche Kriterien für die Feststellung der engeren Verbindung iSd. Art. 28 Abs. 5 EGBGB heranzuziehen sind. Dies gilt es zunächst zu klären. Anschließend sind die genannten Kriterien auf den Vertragsabschluss im Internet anzuwenden.

a) Kriterien

Eine vereinzelte Literaturmeinung besagt, dass auch bei Anwendung des Art. 28 Abs. 5 EGBGB – ebenso wie in den gesetzlichen Vermutungen des Art. 28 Abs. 2 bis 4 EGBGB vorgesehen – lediglich solche Umstände zu betrachten sind, die sich auf den objektiven Leistungsaustausch beziehen.⁴³⁰ Begründet wird dies damit, dass eine Einschränkung der Vermutung nur dann erfolgen dürfe, wenn Sinn und Zweck der einzuschränkenden Norm dies gebieten. Da die Vermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB sich auf den Sitz des Erbringers der charakteristischen Leistung gründe, könnten nach Sinn und Zweck des Absatzes 2 auch im Rahmen der Ausnahmeregelung des Absatzes 5 nur leistungsbezogene Kriterien herangezogen werden. Nach herrschender Ansicht sind hingegen alle Kriterien zu berücksichtigen, die

⁴²⁷ Erman-Hohloch, Art. 28 EGBGB Rn. 17; Junker, IPR, Rn. 368; MK-BGB-Martiny, Art. 28 EGBGB Rn. 93; Staudinger-Magnus, Art. 28 EGBGB Rn. 127.

⁴²⁸ MK-BGB-Martiny, Art. 28 EGBGB Rn. 93; Staudinger-Magnus, Art. 28 EGBGB Rn. 127.

⁴²⁹ MK-BGB-Martiny, Art. 28 EGBGB Rn. 94; Staudinger-Magnus, Art. 28 EGBGB Rn. 136.

⁴³⁰ Soergel-v.Hoffmann, Art. 28 EGBGB Rn. 98.

auch im Rahmen des Art. 28 Abs. 1 EGBGB⁴³¹ maßgeblich sind, also neben den leistungsbezogenen Kriterien namentlich der Abschlussort oder die Vertragssprache.⁴³²

Letzteres leuchtet ein. Art. 28 Abs. 5 EGBGB ist ein Korrektiv für all jene Fälle, in denen sich die Vermutungen der Absätze 2 bis 4 als zu starr erweisen und dem Einzelfall nicht gerecht werden.⁴³³ Die Beurteilung, ob die Anknüpfung anhand der Regel des Art. 28 Abs. 2, 3 oder 4 EGBGB im konkreten Einzelfall gerecht ist, hängt aber nicht bloß von den leistungsbezogenen Umständen ab. Vielmehr kann gerade die Gesamtschau *aller* Umstände, also etwa auch der Vertragssprache und des Abschlussortes, zu dem Ergebnis führen, dass der Vertrag eine engere Verbindung mit einem anderen Staat aufweist und dass insofern die typisierende Regel des Art. 28 Abs. 2 bis 4 EGBGB auf den konkreten Fall nicht anzuwenden ist. Zweck des Art. 28 Abs. 5 EGBGB ist es schließlich, Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Unter Berücksichtigung dieses Zwecks ist aber nicht ersichtlich, wieso die Anwendung der Vorschrift sich auf die Heranziehung leistungsbezogener Aspekte beschränken sollte. Gerade diese machen ja die starre, typisierende Betrachtungsweise der Vermutungen der Absätze 2 bis 4 aus, und gerade sie sollen insofern anhand des Art. 28 Abs. 5 EGBGB überwunden werden.

Vor diesem Hintergrund überzeugt die Argumentation der Mindermeinung nicht. Richtigerweise sind auch andere als nur leistungsbezogene Kriterien im Rahmen des Art. 28 Abs. 5 EGBGB heranzuziehen. Dafür spricht im Übrigen der Wortlaut des Art. 28 Abs. 5 EGBGB, wonach sich die engere Verbindung mit einem anderen Staat „aus der Gesamtheit der Umstände“ ergeben muss. Der Formulierung „Gesamtheit der Umstände“ ist eine Beschränkung auf leistungsbezogene Kriterien gerade nicht zu entnehmen.

Vermittelnd ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Stärke der abzuwägenden Indizien sich daran orientiert, ob es sich um Indizien des Gesetzes selbst handelt. Unter diesem Aspekt kann den leistungsbezogenen Kriterien, wie sie in Art. 28 Abs. 2, 3 und 4 EGBGB verwendet werden, letztlich doch ein besonderer Stellenwert eingeräumt werden.

b) Anwendung auf Verträge im Internet

Unter Anwendung der genannten Kriterien auf Verträge im Internet drängt sich die Frage auf, ob Art. 28 Abs. 5 EGBGB bereits dann eingreifen kann, wenn die Webseite eines auslän-

⁴³¹ Vgl. dazu Abschnitt C III 1 im 2. Teil dieser Arbeit.

⁴³² *V.Bar*, IPR Bd. 2, Rn. 490; *Staudinger-Magnus*, Art. 28 EGBGB Rn. 129; *MK-BGB-Martiny*, Art. 28 EGBGB Rn. 92; ferner *Dicey/Morris*, Rn. 32-122 ff. und Rn. 33-098 (in Bezug auf Art. 4 Abs. 5 EVÜ). Im Ergebnis auch *Härting*, Internetrecht, Rn. 37.

⁴³³ *Mankowski*, RIW 1993, 453 (462); *Wildemann*, Vertragsschluss im Netz, S. 141. In Bezug auf Art. 4 Abs. 5 EVÜ auch: *Blaurock*, FS Stoll (2001), S. 463 (474 ff.); *Mankowski*, ZEuP 2002, 804 (811).

dischen Warenanbieters unter einer deutschen Internet-Adresse abrufbar, in deutscher Sprache abgefasst und gezielt auf den deutschen Markt ausgerichtet ist. Von einer Literaturmeinung wird dies bejaht.⁴³⁴ Dieser Ansatz ist jedoch kritisch zu würdigen.

Es ist zu bezweifeln, dass die genannten Kriterien ausreichen können, um die gesetzlichen Vermutungen des Art. 28 Abs. 2 EGBGB für die engste Verbindung im Einzelfall auszuschalten. Art. 28 Abs. 5 EGBGB soll eine „echte Ausnahme“⁴³⁵ sein, die als Korrektiv für ungerechte Ergebnisse in besonders gelagerten Einzelfällen fungiert. Ob ein solcher besonders gelagerter Einzelfall jedoch bereits bei Ausgestaltung einer Webseite in der genannten Art und Weise zu bejahen ist, erscheint höchst zweifelhaft. So bietet etwa das bloße Vorliegen einer Internet-Adresse mit einer nationalen Top Level Domain überhaupt keinen Anlass, von der Regelanknüpfung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB abzuweichen: Eine nationale Top Level Domain ermöglicht nämlich gar keine Aussage über die Beziehung der Geschäftstätigkeit zu einem bestimmten Staat, da sie lediglich vom genutzten Server abhängig ist. Dies wurde bereits an anderer Stelle ausführlich dargelegt.⁴³⁶ Die Internet-Adresse ist demnach ohne Bedeutung für die Beurteilung der engsten Verbindung eines Vertrages zu einem Staat iSd. Art. 28 EGBGB, selbst wenn dieser Vertrag unter Nutzung einer kommerziellen Webseite zustande gekommen ist.

Allenfalls die gezielte Ausrichtung der Webseite, die sich in der Tat auch in der verwendeten Sprache widerspiegeln kann, könnte also ein zu beachtendes Kriterium sein. Dagegen spricht aber zweierlei. Zum einen ist an die besonderen Schwierigkeiten zu denken, die ohnehin schon mit der Feststellung einer gezielten Ausrichtung von kommerziellen Webseiten auf einen bestimmten Staat einhergehen. Zur Veranschaulichung sei auf die obigen Ausführungen verwiesen.⁴³⁷ Die Heranziehung des Kriteriums der Ausrichtung einer Webseite würde also im Rahmen des Art. 28 Abs. 5 EGBGB eher zu einer ausgeprägten Rechtsunsicherheit als zu einer gerechten Einzelfallentscheidung führen.

Zum anderen würde die Regelanknüpfung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB gänzlich ausgehebelt, würde man auf jede kommerzielle Webseite, die eine Ausrichtung auf einen bestimmten Staat erkennen lässt, die Ausweichklausel des Art. 28 Abs. 5 EGBGB anwenden. Dies würde den kollisionsrechtlichen Anknüpfungsregeln zuwiderlaufen und deren grundlegende Wertungen unterlaufen. Letzteres macht etwa ein Vergleich mit der Vorschrift des Art. 29 EGBGB für Verbraucherverträge deutlich. Mit dem Abstellen auf die Ausrichtung einer

⁴³⁴ *Mehrigs*, CR 1998, 613 (617); *Pfeiffer*, NJW 1997, 1207 (1214).

⁴³⁵ Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 10/504, S. 79.

⁴³⁶ Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (2) (b) (ee) (ccc) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴³⁷ Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (2) (b) im 1. Teil dieser Arbeit.

kommerziellen Webseite wird letztlich das Kriterium der zielgerichteten Werbung für die objektive Anknüpfung herangezogen. Dieses wird vom Gesetz selbst in Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB explizit als Anknüpfungsmerkmal genannt. Zu beachten ist aber, dass dieses Kriterium sogar im Rahmen der Verbraucherschützenden Norm des Art. 29 EGBGB für sich genommen nicht ausreichend ist, um eine Anknüpfung des Rechts des beworbenen Staates an den Vertrag vorzunehmen. Vielmehr ist selbst in Art. 29 EGBGB, der immerhin eine besondere Schutzrichtung zugunsten der Verbraucher aufweist, eine weitere Voraussetzung erforderlich, um das Recht des beworbenen Staates anwendbar zu erklären, nämlich die Vornahme der erforderlichen Rechtshandlung durch den Verbraucher in demselben Staat. Dies geht aus dem Wortlaut des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB hervor. Dann kann aber dasselbe Kriterium im Rahmen des Art. 28 Abs. 5 EGBGB, der noch nicht einmal eine Schutzfunktion für einen konkret abgegrenzten und besonders schutzwürdigen Personenkreis hat, sondern lediglich als Ausweichklausel in besonders gelagerten Einzelfällen dient, erst recht nicht für eine Anknüpfung des Rechts des beworbenen Staates ausreichen.

Nach alledem vermag die eingangs erwähnte Literaturmeinung nicht zu überzeugen. Die gezielte Ausrichtung einer kommerziellen Webseite auf einen bestimmten Staat stellt kein geeignetes Kriterium dar, um die Ausweichklausel des Art. 28 Abs. 5 EGBGB für einschlägig zu erklären. Die gesetzlichen Vermutungen des Art. 28 Abs. 2 EGBGB, wonach das Recht am Aufenthaltsort bzw. am Ort der Niederlassung jener Partei, die die charakteristische Leistung erbringt, anwendbar ist, werden also nicht schon deswegen ausgehebelt, weil eine kommerzielle Webseite eine Ausrichtung auf einen bestimmten Staat erkennen lässt.⁴³⁸

4. Ergebnis

Die Regelanknüpfung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB, wonach vermutet wird, dass das Recht des Aufenthaltsstaats jener Partei anwendbar ist, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung erbringt, ist grundsätzlich auch bei elektronisch abgeschlossenen Kaufverträgen möglich. Rechtsanwendungsprobleme ergeben sich allerdings dann, wenn jene Partei in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt und die gesetzliche Vermutung des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB einschlägig ist, die auf das Recht am Ort der Niederlassung abstellt. Die Anwendung des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB scheitert zum einen vielfach daran, dass ein im Internet-Handel tätiges Unternehmen überhaupt keine Niederlassungen gründet. Dann ist auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB zurückzugreifen, d.h. auf den ge-

⁴³⁸ Im Ergebnis ebenso *Geisler*, S. 221; *Gruber*, DB 1999, 1437 (1442).

wöhnlichen Aufenthalt oder die Hauptverwaltung der Partei abzustellen. Selbst wenn aber Niederlassungen vorhanden sind, ist für den Kunden zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses regelmäßig nicht ersichtlich, wo sich diese Niederlassungen befinden. Insofern wird die vertragliche Vereinbarung einer „anderen Niederlassung“ zur Leistungserbringung iSd. Art 28 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 EGBGB bei Internet-Verträgen in der Praxis kaum vorkommen. Das Anknüpfungsmerkmal der „anderen Niederlassung“ iSd. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 EGBGB spielt demnach bei Internet-Verträgen regelmäßig keine Rolle.

Die allgemeine Anknüpfung anhand der engsten Verbindung iSd. Art. 28 Abs. 1 EGBGB kommt nur dann in Betracht, wenn die gesetzlichen Vermutungen des Art. 28 Abs. 2 EGBGB nicht einschlägig sind. Die Anwendung des Art. 28 Abs. 1 EGBGB auf Vertragsabschlüsse im Internet bereitet dabei keine besonderen Probleme. Sie ist abhängig von den Umständen des Einzelfalles.

Im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Ausweichklausel des Art. 28 Abs. 5 EGBGB ist zu betonen, dass jene nicht immer schon dann eingreift, wenn eine kommerzielle Webseite vorliegt, die eine gezielte Ausrichtung auf einen bestimmten Staat erkennen lässt. Art. 28 Abs. 5 EGBGB kann vielmehr nur nach einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles als Korrektiv für ungerechte Ergebnisse in besonders gelagerten Konstellationen herangezogen werden.

IV. Sonderanknüpfung bei Verbraucherverträgen gem. Art. 29 EGBGB

Für Verbraucherverträge enthält das EGBGB besondere Anknüpfungsregeln. Nicht anders als die besonderen Schutzregelungen in den europäischen Vorschriften über die internationale Gerichtszuständigkeit, sind auch die verbraucherschützenden Kollisionsnormen von zentraler Bedeutung für die Beurteilung von Rechtsanwendungsproblemen bei Vertragsabschlüssen im Internet. Einzugehen ist insoweit zunächst auf die allgemeine Kollisionsnorm für Verbraucherverträge in Art. 29 EGBGB. An späterer Stelle wird aber auch Art. 29a EGBGB einer kritischen Betrachtung unterzogen.⁴³⁹

Art. 29 EGBGB regelt verschiedene Sachverhalte: Art. 29 Abs. 1 EGBGB ist einschlägig, wenn die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben, während Art. 29 Abs. 2 EGBGB eine objektive Anknüpfung für all jene Fälle darstellt, in denen keine Rechtswahl getroffen wurde.

⁴³⁹ Vgl. dazu unten Abschnitt C V im 2. Teil dieser Arbeit.

1. Verbrauchervertrag

Ungeachtet dessen, ob es sich um eine Rechtswahl oder eine objektive Anknüpfung handelt, muss in jedem Fall ein Verbrauchervertrag vorliegen. Dies ist gem. Art. 29 Abs. 1 EGBGB dann der Fall, wenn es sich um einen Vertrag über die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung von Dienstleistungen handelt, der einem Zweck dient, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Berechtigten zugerechnet werden kann. Ferner ist die Vorschrift auf Verträge zur Finanzierung eines solchen Geschäfts anwendbar. Hinsichtlich der Begriffsbestimmungen kann dabei auf die Ausführungen zu Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ verwiesen werden, der ebenfalls für Verträge gilt, die die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung einer Dienstleistung bzw. die Finanzierung eines solchen Geschäfts zum Gegenstand haben.⁴⁴⁰

a) Vertragsgegenstand

Hinsichtlich des Vertragsgegenstandes ergeben sich im vorliegenden Kontext letztlich die gleichen Rechtsanwendungsprobleme, die bereits im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO erörtert wurden. So ist auch in Bezug auf die Voraussetzungen des Art. 29 EGBGB zu klären, ob ein Softwareüberlassungsvertrag einen Vertrag über die Lieferung beweglicher Sachen darstellt. Insoweit kann jedoch auf die obige Argumentation verwiesen werden.⁴⁴¹ Zwar ist hinsichtlich der Beurteilung dieser Frage die unterschiedliche Rechtsnatur des EGBGB auf der einen Seite und der EuGVVO auf der anderen Seite zu berücksichtigen, nämlich dass das EGBGB ein deutsches Gesetz darstellt, während die EuGVVO eine EG-Verordnung ist. Die Art. 27-37 EGBGB sind jedoch nichts anderes als die Eingliederung der Vorschriften des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens in das deutsche Recht. Das EVÜ wiederum ist angesichts seiner Entstehungsgeschichte der EuGVVO nicht unähnlich. Auch wenn es sich nicht um einen Rechtsakt der EG handelt, so ist der Entwurf des EVÜ dennoch in Zusammenarbeit aller zum damaligen Zeitpunkt vorhandenen Mitgliedstaaten entstanden, und er wurde schließlich durch den Rat der EG als dem Vertretungsorgan der Mitgliedstaaten angenommen. Das EVÜ gilt daher auch in allen Mitgliedstaaten der EU.

Insofern bestehen keine Bedenken dagegen, die bereits an anderer Stelle in Bezug auf die Begrifflichkeiten der EuGVVO geführte Diskussion um die Sacheigenschaft von Software auch auf den Begriff der „beweglichen Sache“ iSd. Art. 29 Abs. 1 EGBGB zu übertragen.

⁴⁴⁰ Vgl. Abschnitt C V 1a im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴⁴¹ Vgl. Abschnitt B IV 1a aa im 1. Teil dieser Arbeit.

Danach handelt es sich nur dann um einen Vertrag über die Lieferung einer beweglichen Sache, wenn Standard-Software auf einem dauerhaften Datenträger an den Kunden übersandt wird.⁴⁴² Hingegen ist die Überlassung von Standard-Software im Downloadverfahren ebenso wie die Erstellung und Überlassung von Individualsoftware als ein Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen anzusehen.⁴⁴³ Letztlich findet Art. 29 EGBGB aber auf beide Arten von Verträgen Anwendung.

Die Anknüpfungsregeln für Verbraucherverträge gelten gem. Art. 29 Abs. 4 Satz 2 EGBGB ferner für Reiseverträge, die für einen kombinierten Pauschalpreis kombinierte Beförderungs- und Unterbringungsleistungen vorsehen. Da auch Reiseverträge via Internet abgeschlossen werden können, sind die folgenden Ausführungen also auch für diesen Marktsektor von Relevanz.

b) Verwendungszweck

Gem. Art. 29 Abs. 1 EGBGB muss der Berechtigte bei Verträgen über die Lieferung von beweglichen Sachen oder über die Erbringung von Dienstleistungen ein Verbraucher sein. Entscheidend für die Verbrauchereigenschaft ist dabei der Zweck des Geschäfts. Dem Wortlaut des Art. 29 Abs. 1 EGBGB zufolge ist der Empfänger dann Verbraucher, wenn er die Leistungen zu einem Zweck erhält, der nicht seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Es kommt also auf den Verwendungszweck für die zu liefernde Ware bzw. Dienstleistung an: Sie muss dem privaten Lebensbereich des Leistungsempfängers zuzurechnen sein.⁴⁴⁴ Dies muss dem Vertragspartner auch erkennbar sein.⁴⁴⁵

Ebenso wie im Anwendungsbereich des Art. 15 EuGVVO ist die Erkennbarkeit des Vertragszwecks für den Leistenden bei einem Vertragsschluss im Internet problematisch. Auf die Darstellung der Problematik im Rahmen des Art. 15 EuGVVO wird insoweit verwiesen.⁴⁴⁶ Zusammenfassend sei hier nur erwähnt, dass dem Leistenden insbesondere dann, wenn der Vertrag durch Übermittlung eines elektronischen Bestellformulars auf einer kommerziellen Webseite zustande kommt, die nötigen Informationen für die Einordnung des Vertragszwecks als geschäftlich oder privat mitunter fehlen können. Letztlich kommt es in solchen Fällen aber auf die Umstände des Einzelfalles an. Kann der Leistende anhand aller Umstände nicht er-

⁴⁴² So auch *Koch*, Internet-Recht, S. 52.

⁴⁴³ *Staudinger-Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 50.

⁴⁴⁴ *MK-BGB-Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 5; *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 29 EGBGB Rn. 14.

⁴⁴⁵ *Begr. des Gesetzesentwurfs*, BT-Drucks. 10/504, S. 79; *Staudinger-Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 38; *Paalandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29 EGBGB Rn. 3; *MK-BGB-Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 6. In Bezug auf Art. 5 EVÜ auch Bericht *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 55; *Dicey/Morris*, Rn. 33-005.

⁴⁴⁶ Vgl. Abschnitt B VI 1a im 1. Teil dieser Arbeit.

kennen, dass ein Geschäft zu privaten Zwecken erfolgt, ist sein guter Glaube an das Vorliegen eines Geschäfts zu beruflichen bzw. gewerblichen Zwecken geschützt.⁴⁴⁷ Art. 29 EGBGB greift dann nicht zugunsten des Verbrauchers ein.⁴⁴⁸

c) Vertrag zwischen zwei Verbrauchern

Heftig umstritten ist die Frage, ob Art. 29 EGBGB auch dann Anwendung findet, wenn ein Geschäft zwischen zwei Verbrauchern getätigt wird. Von einer verbreiteten Ansicht wird dies bejaht: Der Wortlaut der Vorschrift setze nicht voraus, dass der Leistende seinerseits beruflich oder gewerblich handeln müsse.⁴⁴⁹ Zum anderen könne es dem Zweck der Vorschrift, einen umfassenden Schutz des Verbrauchers zu gewährleisten⁴⁵⁰, nicht gerecht werden, wenn gerade ein Geschäft zwischen zwei Verbrauchern vom Anwendungsbereich ausgenommen werde.⁴⁵¹ Die Gegenauffassung weist darauf hin, dass der Schutz des Leistungsempfängers durch Art. 29 EGBGB nach dem Willen des Gesetzgebers nur dann eingreifen solle, wenn er dem Leistenden gegenüber die schwächere Partei darstelle.⁴⁵² Dies sei wiederum nur dann der Fall, wenn er sich aufgrund der Geschäftstätigkeit seines Vertragspartners beim Vertragsabschluss typischerweise in der unterlegenen Position befinde.⁴⁵³ Bei einem Geschäft mit einem anderen Privaten könne jedoch gerade keine strukturelle Unterlegenheit des Leistungsempfängers festgestellt werden.⁴⁵⁴

Dieser Meinungsstreit ist gerade im Hinblick auf Vertragsabschlüsse via Internet von Relevanz. Zwar scheiterte bislang die Sonderanknüpfung gem. Art. 29 EGBGB eines Vertrages zwischen zwei Verbrauchern in der Praxis regelmäßig an den besonderen Abschlussmodalitäten des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1-3 EGBGB, da Private untereinander wesentlich seltener als Geschäftsleute internationale Transaktionen vornehmen. Allerdings fördert gerade das Internet die Aufnahme grenzüberschreitender Kontakte, so dass ein internationales Geschäft zwischen zwei Privaten durchaus denkbar ist, etwa auf besonderen Plattformen im WWW, auf denen auch ausländische Internet-Nutzer ohne größeren Aufwand Gegenstände zum Verkauf anbie-

⁴⁴⁷ Bericht *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 55; Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 10/504, S. 79.

⁴⁴⁸ Bericht *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 55; Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 10/504, S. 79; *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (232).

⁴⁴⁹ *Bülow*, *EuZW* 1993, 435 (436); *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29 EGBGB Rn. 3; *Erman-Hohloch*, Art. 29 EGBGB Rn. 22; *MK-BGB-Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 7.

⁴⁵⁰ Vgl. Bericht *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 55; Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 10/504, S. 79; *MK-BGB-Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 2.

⁴⁵¹ *MK-BGB-Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 7; *Teske*, *NJW* 1991, 2397 (2800).

⁴⁵² *Thorn*, *IPRax* 1999, 1 (4).

⁴⁵³ *V.Bar*, *IPR* Bd. 2, Rn. 435; *Lorenz*, *RIW* 1987, 569 (576).

⁴⁵⁴ *V.Bar*, *IPR* Bd. 2, Rn. 435; *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 29 EGBGB Rn. 13; *Junker*, *IPR*, Rn. 370; *Lorenz*, *RIW* 1987, 589 (576); *Lorenz*, *IPRax* 1994, 429 (429); *Reinhart*, *FS Trinkner* (1995), S. 657 (666); *Rudisch*, *RabelsZ* 63 (1999), 70 (96).

ten können. Insbesondere innerhalb des EU-Gebietes wurde durch die Einführung des Euro in den meisten Mitgliedstaaten und die damit verbundene Vereinheitlichung der Preisangaben und Vereinfachung der Zahlungsmodalitäten eine grundlegende Hemmschwelle für solche internationalen Transaktionen zwischen Privaten abgebaut.

Die beiden genannten Ansichten sind insofern zu diskutieren. Dabei gilt es den Schutzzweck des Art. 29 EGBGB zu berücksichtigen. Jene Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, der mit der Regelung des Art. 29 EGBGB Rechnung getragen wird, beruht auf dem Umstand, dass sich der Verbraucher bei Vertragsverhandlungen mit einem geschäftlich tätigen Vertragspartner mangels eigener Routine zwangsläufig in der unterlegenen Position befindet. Darauf weisen der Bericht von *Giuliano/Lagarde* und die Gesetzesbegründung zum EGBGB hin: Beide benennen als Grund für die Regelung des Art. 5 EVÜ bzw. des deutschen Art. 29 EGBGB das strukturelle Ungleichgewicht der Vertragspartner. Bei lebensnaher Betrachtung besteht dieses strukturelle Ungleichgewicht aber tatsächlich nur dann, wenn der Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem geschäftlich Tätigen zustande kommt. Die Argumentation, Art. 29 EGBGB gleichsam im Wege eines vermeintlichen Erst-recht-Schlusses auch auf einen Vertrag zwischen zwei Verbrauchern anzuwenden, leuchtet insofern nicht ein.

Eine Anwendung des Art. 29 EGBGB auf Verträge zwischen zwei Verbrauchern stünde auch nicht mit dem Verbraucherschutzrecht der EG im Einklang: Namentlich in Art. 1 Abs. 2 der Haustürgeschäfte-Richtlinie von 1985⁴⁵⁵, in Art. 1 Abs. 2 lit. b der Verbraucherkredit-Richtlinie von 1986⁴⁵⁶ und in Art. 2 Nr. 3 der Fernabsatz-Richtlinie von 1997 wird der Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinie ebenfalls auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen der Vertragspartner des Verbrauchers zu geschäftlichen Zwecken handelt.⁴⁵⁷

Vor allem aber steht die neue Regelung über die internationale Gerichtszuständigkeit bei Verbrauchersachen in Art. 15 EuGVVO der Anwendung des Art. 29 EGBGB auf Verträge zwischen Verbrauchern entgegen: So setzt zumindest Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO – anders als noch Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ – ausdrücklich voraus, dass der Vertragspartner des Verbrauchers eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt. Auch in jenem Regelwerk entspricht es also nicht dem Willen des europäischen Gesetzgebers, die verbraucher-schützenden Vorschriften auf Verträge zwischen zwei Verbrauchern anzuwenden. Demnach liegt es nahe, im Sinne eines Gleichklangs bei der Auslegung und Anwendung der europäi-

⁴⁵⁵ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl.EG Nr. L 372 vom 31.12.1985, S. 31.

⁴⁵⁶ Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl.EG Nr. L 42 vom 12.2.1987, S. 48.

⁴⁵⁷ Darauf weisen auch hin: *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 29 EGBGB Rn. 13, dort Fn. 34; *Thorn*, IPRax 1999, 1 (4).

schen Kollisionsnormen auf der einen Seite und der europäischen Zuständigkeitsvorschriften auf der anderen Seite all jene Verträge, die zwischen zwei Verbrauchern abgeschlossen werden, auch vom Anwendungsbereich des Art. 29 EGBGB auszunehmen.

Nach alledem kann nur die letztgenannte Auffassung überzeugen. Auf einen Vertrag zwischen zwei Verbrauchern ist Art. 29 EGBGB nicht anwendbar.

2. Die Abschlussmodalitäten gem. Art. 29 Abs. 1 Nr. 1-3 EGBGB

Gem. Art. 29 Abs. 1 EGBGB findet eine besondere Anknüpfung von Verbraucherverträgen nur statt, sofern der Vertrag unter einem der in Absatz 1 Nr. 1-3 genannten besonderen Umstände zustande gekommen ist. In diesen drei Varianten, die alternativ gelten, kommt es ausschließlich auf die Situation der Vertragsanbahnung und des Vertragsabschlusses an.⁴⁵⁸ Folglich stellen diese drei Varianten im Hinblick auf die Eigenheiten des elektronischen Vertragsabschlusses via Internet ein besonderes Problemfeld dar.

a) Ausdrückliches Angebot oder Werbung und Vornahme der erforderlichen Rechtshandlungen des Verbrauchers in dessen Aufenthaltsstaat gem. Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB

Nach Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB muss dem Vertragsabschluss ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers vorausgegangen sein, und der Verbraucher muss in diesem Staat die zum Abschluss des Vertrages erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen haben. Inwieweit diese Voraussetzungen bei einem Vertragsabschluss im Internet erfüllt sein können, wurde bereits im Rahmen des Verbrauchergerichtsstandes gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ ausführlich erörtert, der in lit. a und lit. b gleichlautende Voraussetzungen enthält. Auf die dortigen Ausführungen⁴⁵⁹ kann an dieser Stelle verwiesen werden; die Beurteilung bleibt für die Bestimmung des anwendbaren Rechts in Anbetracht der gleichlautenden Voraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB und Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ die gleiche.

Ob die Voraussetzung der Zielgerichtetheit des Angebots bzw. der Werbung auf den Staat des Verbrauchers iSd. Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 EGBGB bei einer kommerziellen Webseite vorliegt, ist den obigen Ausführungen zufolge unter Berücksichtigung des Willens des Warenanbieters zu ermitteln, der wiederum anhand einer Gesamtschau verschiedener Kriterien

⁴⁵⁸ Staudinger-*Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 65.

⁴⁵⁹ Vgl. die Abschnitte C V 1b aa und bb im 1. Teil dieser Arbeit.

ergründet werden muss. Einen eindeutigen Aussagewert hat dabei nur ein ausdrücklicher Hinweis auf der Webseite. Indizwirkung haben daneben die Sprache der Webseite, die Währung, besondere nationale Eigenheiten der beworbenen Leistung wie etwa typische nationale Konfektionsgrößen oder auch der Umstand, dass ein Vertragsschluss tatsächlich erfolgt ist.⁴⁶⁰

Die Voraussetzung des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EGBGB, wonach der Verbraucher die erforderliche Rechtshandlung ebenfalls in seinem Aufenthaltsstaat vorgenommen haben muss, ist bei Internet-Sachverhalten teleologisch zu reduzieren, ebenso wie im Rahmen des gleichlautenden Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ: Es kann nicht darauf ankommen, an welchem Ort die erforderliche Rechtshandlung des Verbrauchers tatsächlich erfolgt ist. Dieser Ort ist für Vertragsabschlüsse auf elektronischem Wege ohne Bedeutung. Stattdessen ist bei der Rechtshandlung des Verbrauchers auf den Ort abzustellen, an dem sich sein Heimatrechner befindet.⁴⁶¹

Als entscheidendes Kriterium für die Sonderanknüpfung gem. Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB verbleibt somit bei dessen Anwendung auf Internet-Verträge letztlich nur die Zielgerichtetheit des Angebots bzw. der Werbung auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers.

Hinsichtlich des zu fordernden Zusammenhangs zwischen der Werbung bzw. dem Angebot und dem Vertragsschluss gilt ebenfalls das gleiche wie in Bezug auf Art 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ: Ein kausaler Zusammenhang ist nicht erforderlich.⁴⁶² Im Hinblick auf den Wortlaut des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, wonach das Angebot bzw. die Werbung dem Vertragsabschluss „vorausgegangen“ sein muss, genügt es vielmehr, wenn im Wohnsitzstaat zunächst eine Werbung betrieben wurde und der Vertragsabschluss danach zustande gekommen ist.

b) Entgegennahme der Bestellung des Verbrauchers gem. Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB

Eine weitere Sonderanknüpfung von Verbraucherverträgen erfolgt jedoch gem. Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB auch dann, wenn der Vertragspartner des Verbrauchers die Bestellung des Verbrauchers in dessen Aufenthaltsstaat entgegengenommen hat. Fraglich ist allerdings auch hier, ob diese Voraussetzung bei einem Vertragsabschluss im Internet erfüllt sein kann. Die Anforderungen an eine „Entgegennahme“ im Sinne der Vorschrift sind nicht abschließend geklärt. In der Literatur finden sich insofern verschiedene Ansätze zur Lösung des Problems, die im Folgenden kritisch gewürdigt werden.

⁴⁶⁰ Vgl. Abschnitt C V 1b aa (1) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴⁶¹ Vgl. Abschnitt C V 1b bb (1) (b) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴⁶² Ebenso Staudinger-*Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 72.

aa) Körperliche Anwesenheit des Vertragspartners

Nach einer Ansicht wird der Begriff der „Entgegennahme“ iSd. Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB inhaltlich so interpretiert, dass der Vertragspartner die Bestellung des Verbrauchers persönlich, d.h. bei körperlicher Anwesenheit, erhalten muss.⁴⁶³ Dies ist bei einem Vertragsabschluss im Internet keinesfalls gegeben. Zu klären ist aber, ob Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB wirklich nur bei körperlicher Anwesenheit beider Parteien einschlägig ist.

Dafür sprechen auf den ersten Blick die Ausführungen im Bericht *Giuliano/Lagarde* bezüglich des zugrunde liegenden Art. 5 Abs. 2 2. Spiegelstrich EVÜ, in dem als Fallbeispiel genannt wird, dass sich der Verbraucher an einen Stand einer ausländischen Firma auf einer Messe oder Ausstellung oder an eine in seinem Heimatland gelegene feste Filiale oder Agentur einer ausländischen Firma gewandt hat.⁴⁶⁴ Diese Ausführungen deuten in der Tat zunächst darauf hin, dass die Entgegennahme bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit beider Vertragsparteien zu erfolgen hat. Jedoch ist dieser Beispielfall im Kontext der weiteren Ausführungen zu sehen. Er soll – im Anschluss an die Aussage, dass die erste und die zweite Variante sich zum großen Teil überschneiden – lediglich aufzeigen, dass die zweite Variante auch in solchen Fällen einschlägig ist, in denen der Vertragspartner zuvor keine Werbung im Heimatland des Verbrauchers betrieben hat. Die Formulierung, dass der Verbraucher sich an eine Filiale oder Agentur „gewandt hat“, ist hingegen nicht zwingend so zu verstehen, dass in jedem Fall ein persönliches Entgegennehmen der Erklärung des Verbrauchers erfolgen müsse, etwa an einem Messestand. Sie soll – in Abgrenzung zu Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB – vielmehr ausdrücken, dass auch solche Fälle erfasst sind, in denen der Verbraucher aus eigenem Antrieb den Kontakt zu seinem Vertragspartner aufgenommen hat, ohne zuvor durch eine Werbung oder ein Angebot angesprochen worden zu sein.

Vom allgemeinen Sprachverständnis aus betrachtet, kann eine „Entgegennahme“ von Bestellungen aber nicht nur bei physischer Anwesenheit beider Vertragsparteien erfolgen. Von einem „Entgegennehmen“ spricht man vielmehr auch bei telefonischen oder schriftlichen Bestellungen. Insofern kann die Ansicht, die für eine Entgegennahme iSd. Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB die körperliche Anwesenheit beider Parteien fordert, nicht überzeugen.

⁴⁶³ So wohl Soergel-v.Hoffmann, Art. 29 EGBGB Rn. 20.

⁴⁶⁴ BT-Drucks. 10/503, S. 56.

bb) Entgegennahme am Bildschirm des Verbrauchers

Geht man also davon aus, dass eine körperliche Anwesenheit beider Vertragsparteien nicht erforderlich ist, kann eine Entgegennahme der Bestellung des Verbrauchers iSd. Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB grundsätzlich auch bei einem Vertragsabschluss im Internet erfolgen. Hier stellt sich aber wiederum die Frage, wie die Entgegennahme durch einen Warenanbieter im Internet lokalisiert werden kann.

Eine Entgegennahme im Verbraucherstaat wird von einer Ansicht unter Hinweis darauf bejaht, dass sie gleichsam am Bildschirm des Verbrauchers stattfindet.⁴⁶⁵ Dies folge aus der Tatsache, dass im Gesetz der Begriff der „Entgegennahme“ und nicht der Begriff des Zugangs gewählt worden sei. Entscheidend sei bei einer Warenbestellung anhand elektronischer Bestellformulare demnach der Ort, an dem sich der Computer des Verbrauchers befinde.

Eine Entgegennahme im Verbraucherstaat ist nach dieser Ansicht mithin immer zu bejahen. Die Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. Selbst wenn man den Begriff der Entgegennahme untechnisch versteht und insofern nicht auf den Zugang der Erklärung abstellt, so mutet die Schlussfolgerung, dass die Entgegennahme „am Bildschirm“ des Verbrauchers erfolge, dennoch etwas eigenwillig an. Zwar kommt es sicherlich in vielen Fällen vor, dass ein elektronisches Bestellformular gar nicht durch einen Menschen gelesen, sondern mittels eines Computerprogramms sofort einer elektronischen Bearbeitung zugeführt wird. Insofern mag man möglicherweise darüber nachdenken, ob die Bestellung dort entgegengenommen wird, wo diese Computerprogramme gespeichert sind und arbeiten.

Selbst bei dieser Betrachtungsweise ist aber nicht anzunehmen, dass dieser Ort der Bildschirm des Verbrauchers ist. Zum einen ist der Bildschirm nur ein Teil des vom Verbraucher genutzten Computers, der dazu dient, Webseiten und geschriebenen Text anzuzeigen. Insofern erscheint es bereits fragwürdig, dass dieses bloße Gerät als ein „Ort“ der Entgegennahme bezeichnet wird. Zum anderen leuchtet selbst dann, wenn man bei diesem Bild bleiben möchte, das gefundene Ergebnis nicht ein. Am Bildschirm des Verbrauchers wird zwar das Formular für die Bestellung ausgefüllt. Anschließend ist es aber per Mausklick abzuschicken. Gerade das Erfordernis des Übermittels macht indessen deutlich, dass die Entgegennahme offensichtlich nicht an demselben Ort erfolgt, an dem das Bestellformular vervollständigt wird. Sonst wäre ein „Abschicken“ der Bestellung, d.h. ein Übermitteln an einen anderen Ort, schließlich gar nicht erforderlich. Auch vor diesem Hintergrund kann jene Auffassung nicht überzeugen, wonach die Entgegennahme am Bildschirm des Verbrauchers erfolgt.

⁴⁶⁵ Waldenberger, BB 1996, 2365 (2371).

cc) Verzicht auf die Voraussetzung der Entgegennahme

In Anbetracht der offensichtlichen Schwierigkeiten, den Ort der Entgegennahme einer Internet-Bestellung zu lokalisieren, wird des Weiteren vertreten, dass auf das Merkmal der Entgegennahme gänzlich zu verzichten sei.⁴⁶⁶ Ausgehend von der Ratio legis des Art. 29 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB komme es vielmehr darauf an, ob der Verbraucher aufgrund der konkreten Geschäftsanbahnung seines Vertragspartners darauf vertrauen durfte, durch sein Heimatrecht in gleicher Weise geschützt zu werden wie bei einem reinen Inlandsgeschäft. Entscheidend ist daher laut *Mehrings* lediglich, ob sich der Schwerpunkt des Vertragsabschlusses im Verbraucherstaat befindet. Zur Feststellung dieses Schwerpunktes sollen als Indizien die Sprache der Webseite, die Währung, die Angabe von Servicestellen im Inland, die Verwendung einer Internet-Adresse mit Länderkennung in der Top Level Domain sowie der Server-Standort betrachtet werden.⁴⁶⁷

Diese Argumentation erscheint äußerst fragwürdig. Zwar ist die Ratio legis des Art. 29 EGBGB bei der Auslegung der Vorschrift nicht außer Acht zu lassen. Und Art. 29 EGBGB verfolgt in der Tat den Zweck, den Verbraucher in solchen Situationen dem Schutz durch sein Heimatrecht zu unterstellen, in denen für ihn angesichts der besonderen Umstände des Vertragsabschlusses der berechnete Eindruck eines reinen Inlandsgeschäfts entsteht.⁴⁶⁸ Im Hinblick auf Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB ist jedoch auch darauf hinzuweisen, dass in dieser Variante gerade die Entgegennahme der Bestellung im Verbraucherstaat das entscheidende Kriterium ist, welches beim Verbraucher den Eindruck erweckt, ein reines Inlandsgeschäft zu tätigen, und ihn insofern schutzwürdig macht. Mithin erscheint es äußerst fragwürdig, just diese Voraussetzung bei Internet-Verträgen zu übergehen.

Nicht zuletzt ist zu bedenken, dass sich diese Literaturmeinung bewusst über den Wortlaut des Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB hinwegsetzt.⁴⁶⁹ Hierfür besteht aber kein Anlass. Der Schutz eines Verbrauchers, der anderweitig als durch Entgegennahme der Bestellung im Inland, nämlich gerade anhand der von *Mehrings* genannten Kriterien den Eindruck gewinnen durfte, ein reines Inlandsgeschäft getätigt zu haben, wird bereits durch Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB erreicht, der auf eine Werbung oder ein Angebot im Verbraucherstaat abstellt. Dies erkennt

⁴⁶⁶ *Mehrings*, CR 1998, 613 (620).

⁴⁶⁷ *Mehrings*, CR 1998, 613 (620).

⁴⁶⁸ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 10/504, S. 79.

⁴⁶⁹ Dies kritisiert auch *Gruber*, DB 1999, 1437 (1437).

auch *Mehrings*, indem er konstatiert, dass in vielen Fällen „zugleich die erste Fallgruppe (Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB) erfüllt sein“ werde.⁴⁷⁰

Diese Herangehensweise an Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB im Zusammenhang mit Vertragsabschlüssen im Internet vermag insofern nicht zu überzeugen.

dd) Zugang von mündlichen oder schriftlichen Erklärungen

Nach alledem ist für die weitere Beurteilung entscheidend, wie der Begriff der Entgegennahme richtigerweise zu definieren ist. Auffällig ist, dass in Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB nicht etwa der Begriff des Zugangs gewählt wurde, sondern stattdessen ein dem deutschen Recht fremder, untechnischer Begriff. Diese Eigenheit ist im Ursprung der Norm begründet: Der dem Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB zugrunde liegende Art. 5 Abs. 2 2. Spiegelstrich EVÜ ist Bestandteil eines internationalen Übereinkommens, was bedeutet, dass für die Formulierung nicht auf nationale Begrifflichkeiten zurückgegriffen werden konnte. Nichtsdestotrotz deutet die Verwendung des Begriffs der „Entgegennahme“ darauf hin, dass der Vertragspartner des Verbrauchers irgendeine Rezeptionshandlung vornehmen muss.⁴⁷¹ Dies erfordert aber nach den obigen Ausführungen keine physische Präsenz beider Vertragsparteien. Vielmehr beinhaltet die „Entgegennahme“ iSd. Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB nach herrschendem deutschem Rechtsverständnis in der Rechtsprechung und in der Literatur auch alle Fälle, in denen der Anbieter die für den Vertragsabschluss relevante Erklärung des Verbrauchers in dessen Staat mündlich oder schriftlich erhalten hat, wobei der Zugang der Erklärung genügt.⁴⁷² Dies leuchtet ein. Denn im Zeitpunkt des Zugangs ist unter normalen Umständen mit der Kenntnisnahme der Erklärung durch den Empfänger und folglich mit der „Entgegennahme“ der Bestellung zu rechnen.

(1) Ort des Zugangs

Wie bereits an anderer Stelle festgestellt wurde, sind die allgemeinen Zugangsregeln auch auf solche Verträge anwendbar, die im Internet geschlossen werden.⁴⁷³ Zu überlegen ist mithin, an welchem Ort der Zugang einer Bestellung via Internet erfolgt. Der Zugang einer Erklärung ist grundsätzlich dann zu bejahen, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfän-

⁴⁷⁰ *Mehrings*, CR 1998, 613 (620).

⁴⁷¹ *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (253).

⁴⁷² BGHZ 135, 124 (132); *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (253); MK-BGB-*Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 22; Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29 EGBGB Rn. 5.

⁴⁷³ Vgl. exemplarisch für das deutsche Recht Abschnitt C II 1a aa (1) im 2. Teil dieser Arbeit.

gers gelangt ist, dass unter normalen Umständen mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann.⁴⁷⁴ Der entscheidende Ort ist demnach der Machtbereich des Empfängers. Oben wurde bereits erörtert, wann eine Erklärung im Rahmen einer Kommunikation via Internet in diesen Machtbereich gelangt und worin dieser Machtbereich zu sehen ist: Bei einer Erklärung via Email ist der Machtbereich das Email-Postfach des Empfängers, in dem die Email für ihn abrufbar gespeichert ist; bei einer Online-Erklärung beginnt der Machtbereich an der internen Schnittstelle, d.h. dort, wo sich die Empfangsvorrichtung für jene Daten befindet, die via Internet übertragen werden.

Als nächstes gilt es daher, diesen Ort als den Ort der Entgegennahme einer elektronischen Bestellung zu ermitteln. In letzterem Fall ist dies unproblematisch. Erfolgt die Bestellung durch Online-Übermittlung eines Bestellformulars auf einer Webseite, so befindet sich die Empfangsvorrichtung für die besagten Daten, d.h. die interne Schnittstelle, am Sitz des Anbieters. Dort erfolgt demnach die Entgegennahme einer elektronischen Bestellung. Hingegen bereitet es Schwierigkeiten, den Machtbereich der Erklärungsempfängers und damit den Ort der Entgegennahme dann zu lokalisieren, wenn eine Bestellung per Email eingeht.

(a) Standort des Servers mit dem Email-Postfach

Auf den ersten Blick könnte man davon ausgehen, dass bei einer Bestellung per Email der Standort des Servers ausschlaggebend ist, auf dem der Provider das Email-Postfach eingerichtet hat und die Emails zum Abruf bereithält. Jedoch handelt es sich bei dem Server um einen rein willkürlich gewählten Ort, über den im Allgemeinen niemand außer dem Provider Bescheid weiß und den dieser jederzeit auf einen anderen Server an einem anderen Standort verlegen kann. Auf den Server-Standort als Ort der Entgegennahme abzustellen, erscheint somit äußerst fragwürdig und ist demnach abzulehnen.⁴⁷⁵

(b) Länderkennung in der Email-Adresse

Eine Literaturmeinung vertritt vor diesem Hintergrund, unter Berücksichtigung des Erwartungshorizonts des Verbrauchers sei stattdessen der Ort zu betrachten, an welchen der Verbraucher seine Email adressiert.⁴⁷⁶ Als Beispiel dafür wird genannt, dass der Verbraucher

⁴⁷⁴ BGHZ 67, 271 (275); NJW 1980, 990 (990); *Brox*, Rn. 149; *Medicus*, Rn. 46; Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 130 BGB Rn. 5.

⁴⁷⁵ Ebenso *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (253); *Schu*, *Int. J. L. Inf. Tech.* 5 (1997), 192 (216).

⁴⁷⁶ *Mankowski*, *RabelsZ* 63 (1999), 203 (253); *Schu*, *Int. J. L. Inf. Tech.* 5 (1997), 192 (216).

etwa anhand des Länderkürzels „.de“ in einer Email-Adresse erkennen könne, dass der für die Entgegennahme entscheidende Ort in Deutschland festzumachen sei.⁴⁷⁷

An diesem Ansatz überzeugt zwar die Berücksichtigung des Erwartungshorizonts des Verbrauchers. Denn der Ratio legis des Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB zufolge soll der Verbraucher ja tatsächlich deswegen geschützt werden, weil er den berechtigten Eindruck gewonnen hat, ein reines Inlandsgeschäft zu tätigen. Nicht überzeugend ist jedoch das nachfolgende Beispiel. Das Länderkürzel in der Email-Adresse zeigt lediglich an, dass der vom Anbieter gewählte Service Provider für die Einrichtung des Email-Services einen deutschen Server nutzt. Das bedeutet jedoch keineswegs, dass der Anbieter selbst seine Emails immer in Deutschland abrufen und dass dort insofern auch die Entgegennahme erfolgt. Ganz unabhängig von einer Länderkennung in der Email-Adresse ist die Email selbst von jedem Staat der Welt aus abrufbar. Das Länderkürzel sagt demnach gar nichts über den Ort der Entgegennahme einer Email aus.

Dieser Ansatz versagt im Übrigen gänzlich, wenn der Vertragspartner des Verbrauchers eine Email-Adresse gewählt hat, die eine länderunspezifische Top Level Domain beinhaltet, etwa das hinlänglich bekannte „.com“ oder „.biz“. Nach alledem ist für die Frage, wo der Anbieter üblicherweise seine Emails abrufen, nicht auf etwaige Länderkürzel in der Email-Adresse abzustellen.

(c) Sitz des Anbieters

Unter Berücksichtigung des Erwartungshorizonts des Verbrauchers ist das Augenmerk daher auch bei einer Bestellung per Email letztlich auf den Sitz des Anbieters zu richten. Unabhängig von der Email-Adresse wird ein Verbraucher bei realistischer Betrachtungsweise immer die Erwartung haben, dass sich der Warenanbieter an seinem Sitz aufhält und dort folglich auch seine Emails abrufen. Insofern ist dieser Ort als der Ort des Zugangs und damit auch als der Ort der Entgegennahme iSd. Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB anzusehen. Erfolgt eine Bestellung per Email, ist der Ort der Entgegennahme demnach kein anderer als bei einer Warenbestellung mittels eines Bestellformulars auf einer kommerziellen Webseite.

⁴⁷⁷ Mankowski, *RebelsZ* 63 (1999), 203 (253).

(2) Ergebnis

Sowohl bei einer Bestellung im Wege der Online-Übermittlung eines Bestellformulars auf einer Webseite als auch bei einer Bestellung per Email ist für die Entgegennahme iSd. Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB der Ort entscheidend, an dem der Vertragspartner des Verbrauchers seinen Sitz hat. Dieses Ergebnis hat den Vorteil, dass für beide Arten der Bestellung via Internet auf den gleichen Ort abzustellen ist. Ein anderes Ergebnis hätte auch nicht überzeugen können. Die Feststellung unterschiedlicher Orte der Entgegennahme für eine Bestellung im Wege der Online-Übertragung einerseits und eine Bestellung per Email andererseits wäre nicht einleuchtend und letztlich durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigt.

Somit handelt es sich bei dem Ort der Entgegennahme grundsätzlich um den Sitz des Vertragspartners des Verbrauchers. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Anbieter – für den Verbraucher erkennbar – eine Niederlassung im Inland unterhält und auch den Anschein erweckt, dass diese Niederlassung für die Durchführung des Vertrages zuständig sein soll. In einem solchen Fall ist nach dem Erwartungshorizont des Verbrauchers nicht der Sitz des Anbieters, sondern seine Niederlassung der Ort, an dem die Bestellung entgegengenommen wird. Bei realistischer Betrachtungsweise dürfte dieser Fall allerdings mangels Erkennbarkeit der Niederlassungen eines Warenanbieters im Internet nicht häufig eintreten.⁴⁷⁸

c) Bestellung der Waren im Staat des Anbieters gem. Art 29 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB

Eine Sonderanknüpfung von Verbraucherverträgen kann schließlich anhand des Art. 29 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB erfolgen. Diese Vorschrift ist ihrem Wortlaut zufolge nur einschlägig, wenn der Vertrag einen Verkauf von Waren betrifft. Als besonderer Umstand des Vertragsabschlusses wird gem. Art. 29 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB vorausgesetzt, dass der Verbraucher von seinem eigenen Aufenthaltsstaat in einen anderen Staat gereist ist und dort seine Bestellung aufgegeben hat, wobei diese Reise vom Verkäufer mit dem Ziel herbeigeführt worden sein muss, den Verbraucher zum Vertragsabschluss zu veranlassen. Fraglich ist, ob diese Variante auch bei einem Vertragsabschluss via Internet in Betracht kommt. Problematisch erscheint das Erfordernis, dass der Verbraucher eine Reise in den Staat des Anbieters gemacht haben muss. Art. 29 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB ist auf solche Fälle zugeschnitten, in denen der Verbraucher eine „Kaffeeahrt“ über die Grenze unternommen hat, bei der ein Verkaufsunternehmen den Transport ins Ausland selbst organisiert, um die Kunden dort oder schon unterwegs unter

⁴⁷⁸ Zu den Schwierigkeiten der Erkennbarkeit für den Kunden in der Praxis vgl. Abschnitt B I 2b im 2. Teil dieser Arbeit.

psychologischem Kaufzwang zu Geschäftsabschlüssen zu veranlassen.⁴⁷⁹ Zwar könnte man argumentieren, dass auch ein Verbraucher, der im Internet surft, gewissermaßen eine Reise unternimmt, nämlich eine „virtuelle Reise“ durch den Cyberspace. Wenn er die Webseite eines ausländischen Anbieters ansieht, würde er dann gleichsam dessen Staat aufsuchen. Jedoch ist nicht zu übersehen, dass ein Internet-Nutzer beim Surfen durch das Internet de facto am heimischen Rechner sitzen bleibt. Das Internet stellt für den Kunden lediglich ein Kommunikationsmedium dar, das ihm die Kontaktaufnahme mit ausländischen Anbietern erleichtert. Nicht jedoch ist jegliche Kontaktaufnahme mit einem ausländischen Anbieter gleichzeitig mit einer „Reise“ in dessen Staat gleichzusetzen, wie bereits oben ausführlich erläutert wurde.⁴⁸⁰

Auch von diesem wesentlichen Einwand abgesehen, bestehen keinerlei Parallelen zu den vom Gesetz unstreitig erfassten Verkaufsfahrten: Weder wird die „virtuelle Reise“ durch den Cyberspace vom Verkäufer herbeigeführt, geschweige denn organisiert, noch kann der Warenanbieter im Internet einen psychologischen Kaufzwang ausüben, welcher der Zwangssituation bei einer Kaffeeahrt vergleichbar wäre. Dies wurde im Rahmen der Erläuterungen zu den Voraussetzungen eines Haustürgeschäfts iSd. § 312 BGB klargestellt.⁴⁸¹

Bei realistischer Betrachtungsweise ist die Annahme einer „virtuellen Reise“ des Verbrauchers durch den Cyberspace, die den Anforderungen des Art. 29 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB entsprechen würde, folglich abzulehnen. Art. 29 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB ist bei einem Warenkauf via Internet nicht einschlägig.

d) Ergebnis

Bei einem Vertragsabschluss im Internet können zumindest die besonderen Abschlussmodalitäten des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB und des Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB erfüllt sein. Allerdings ist bei der Rechtsanwendung des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB zu berücksichtigen, dass diese Vorschrift richtigerweise teleologisch zu reduzieren ist: Auf die Voraussetzung, dass der Verbraucher seine für den Vertragsabschluss erforderliche Rechtshandlung in seinem Aufenthaltsstaat abgegeben hat, kommt es bei Vertragsabschlüssen im Internet nicht an. Stattdessen ist auf den Ort seines Heimatrechners abzustellen. Bei Anwendung des Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB ist zu beachten, dass als Ort der Entgegennahme der Bestellung des Verbrauchers nur der Sitz des Warenanbieters anzusehen ist.

⁴⁷⁹ Staudinger-*Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 80.

⁴⁸⁰ Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (2) (b) (aa) im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴⁸¹ Vgl. zur Frage des Vorliegens einer Zwangssituation bei einem Warenkauf im Internet Abschnitt D V 1c bb im 1. Teil dieser Arbeit.

Grundsätzlich steht demnach der Umstand, dass ein Verbrauchervertrag im Internet abgeschlossen wurde, einer Sonderanknüpfung des anwendbaren Rechts gem. Art. 29 EGBGB nicht entgegen. Einschränkend ist allerdings festzuhalten, dass ein elektronischer Vertragsabschluss keinesfalls der Abschlusssituation des Art. 29 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB entspricht.

3. Rechtsfolge

Die Rechtsfolge des Art. 29 EGBGB unterscheidet sich danach, ob die Parteien eine Rechtswahl vorgenommen haben oder ob das anwendbare Recht im Wege der objektiven Anknüpfung ermittelt wird.

a) Rechtsfolge bei Rechtswahl der Parteien gem. Art. 29 Abs. 1 EGBGB

Haben die Parteien eine Rechtswahl vorgenommen, so bestimmt Art. 29 Abs. 1 EGBGB, dass diese Rechtswahl nicht dazu führen darf, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, gewährt wird. Trotz der Wahl einer anderen Rechtsordnung gelten also die zwingenden Bestimmungen des Rechts, das im Verbraucherstaat gilt, allerdings nur, sofern sie dem Schutz des Verbrauchers dienen. Folglich ist ein Günstigkeitsvergleich zwischen den Normen der gewählten Rechtsordnung und den zwingenden Normen der Rechtsordnung im Verbraucherstaat vorzunehmen.⁴⁸² Enthält letztere die für den Verbraucher günstigere Regelung in der konkreten Streitfrage, so ist diese auf den Sachverhalt anzuwenden. Wurde hingegen von den Parteien ein günstigeres Recht vereinbart, so gilt jenes Recht.⁴⁸³ Unter den zwingenden Bestimmungen sind dabei die intern zwingenden Vorschriften iSd. Art. 27 Abs. 3 EGBGB zu verstehen, die aber geeignet und dazu bestimmt sein müssen, einer Vertragspartei Schutz gegenüber der anderen Partei zu gewähren.⁴⁸⁴ Im Übrigen bleibt die Rechtswahl der Parteien gültig.⁴⁸⁵

b) Rechtsfolge bei fehlender Rechtswahl der Parteien gem. Art. 29 Abs. 2 EGBGB

Ein Vertrag, für den die Parteien kein Recht gewählt haben, unterliegt gem. Art. 29 Abs. 2 EGBGB dem Recht desjenigen Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufent-

⁴⁸² *Junker*, IPR, Rn. 376; *MK-BGB-Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 38; *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 29 EGBGB Rn. 30; *Staudinger-Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 105.

⁴⁸³ *Lorenz*, RIW 1987, 569 (577); *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 29 EGBGB Rn. 30.

⁴⁸⁴ *Erman-Hohloch*, Art. 29 EGBGB Rn. 17; *Junker*, IPR, Rn. 377; *MK-BGB-Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 35; *Staudinger-Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 102.

⁴⁸⁵ *Lorenz*, RIW 1987, 569 (570); *MK-BGB-Martiny*, Art. 29 EGBGB Rn. 35.

halt hat. In diesem Fall gilt die gesamte Rechtsordnung dieses Staates ohne Einschränkungen. Die Kollisionsnorm des Art. 28 EGBGB wird demnach in Bezug auf Verbraucherverträge, die eine Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung einer Dienstleistung zum Gegenstand haben oder zur Finanzierung eines solchen Geschäfts dienen, vollständig durch Art. 29 Abs. 2 EGBGB verdrängt.⁴⁸⁶

c) Exkurs: Zwingende Verbraucherschutznormen des deutschen Rechts

Unter den zwingenden Bestimmungen iSd. Art. 29 Abs. 1 EGBGB sind alle gesetzlichen oder richterrechtlichen Regeln im Verbraucherstaat zu verstehen, von denen nicht durch Vertrag abgewichen werden kann.⁴⁸⁷ Sie müssen ferner geeignet und dazu bestimmt sein, einer Vertragspartei Schutz gegenüber der anderen Partei zu gewähren.⁴⁸⁸ Nicht erforderlich ist hingegen, dass es sich um international zwingende Vorschriften handelt.⁴⁸⁹

Exemplarisch soll in diesem Zusammenhang betrachtet werden, welche intern zwingenden Normen das deutsche Recht enthält, die im Rahmen des Art. 29 EGBGB Anwendung auf einen im Internet abgeschlossenen Vertrag finden können. Diese Frage stellt sich immer dann, wenn der Verbraucher, der den Vertrag eingegangen ist, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat.

Zu denken ist hier in erster Linie an die spezifisch verbraucherschützenden Normen. Im vorliegenden Kontext sind insoweit von Interesse: die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. §§ 305 ff. BGB, die Vorschriften über Verträge mit besonderen Vertriebsformen, d.h. die Regelungen über Haustürgeschäfte, Fernabsatzverträge und Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr iSd. §§ 312 ff. BGB, und die Vorschriften über Verbraucherdarlehensverträge gem. §§ 491 ff. BGB.⁴⁹⁰ Darüber hinaus kommen aber auch alle sonstigen unabdingbaren Normen des deutschen Rechts in Betracht, etwa § 138 und § 242 BGB.⁴⁹¹

Im Hinblick auf Internet-Verträge bedarf es allerdings einer genaueren Untersuchung der Frage, ob die verbraucherschützenden Normen des deutschen Rechts überhaupt auf solche

⁴⁸⁶ Junker, IPR, Rn. 375.

⁴⁸⁷ Junker, IPR, Rn. 377; MK-BGB-Martiny, Art. 29 EGBGB Rn. 35; Staudinger-Magnus, Art. 29 EGBGB Rn. 102.

⁴⁸⁸ Erman-Hohloch, Art. 29 EGBGB Rn. 17; MK-BGB-Martiny, Art. 29 EGBGB Rn. 35; Staudinger-Magnus, Art. 29 EGBGB Rn. 102.

⁴⁸⁹ Junker, IPR, Rn. 377; Staudinger-Magnus, Art. 29 EGBGB Rn. 102; in Bezug auf Art. 5 EVÜ auch *Dicey/Morris*, Rn. 33-016.

⁴⁹⁰ Vgl. zu weiteren spezifisch verbraucherschützenden Normen des deutschen Rechts Staudinger-Magnus, Art. 29 EGBGB Rn. 102.

⁴⁹¹ Staudinger-Magnus, Art. 29 EGBGB Rn. 102.

Verträge Anwendung finden können, die mittels elektronischer Willenserklärungen abgeschlossen worden sind. Über die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB ist bereits an anderer Stelle eine ausführliche Stellungnahme erfolgt.⁴⁹² Insoweit bestehen keine Bedenken an der Anwendbarkeit auf im Internet abgeschlossene Verträge. Auch die Anwendbarkeit der Vorschriften über Fernabsatzverträge iSd. § 312b BGB und über Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr iSd. § 312e BGB ist unproblematisch zu bejahen. Demgegenüber ist die Anwendbarkeit der Vorschriften über Haustürgeschäfte iSd. § 312 BGB auf Internet-Verträge nach längerer Erörterung an anderer Stelle abgelehnt worden.⁴⁹³

Inwieweit die Vorschriften über Verbraucherdarlehensverträge bei einem Vertragsabschluss via Internet einschlägig sind, bedarf einer genaueren Untersuchung. Es fragt sich, ob ein Verbraucherdarlehensvertrag iSd. § 491 BGB überhaupt wirksam im Internet abgeschlossen werden kann. Auf den ersten Blick scheint dies am Schriftformerfordernis aus § 492 Abs. 1 Satz 1 EGBGB zu scheitern.⁴⁹⁴ Die Schriftform gem. § 126 Abs. 1 BGB, die eine eigenhändige Namensunterschrift der Urkunde voraussetzt, kann bei einem Vertragschluss mittels elektronischer Willenserklärungen nicht erfüllt werden.⁴⁹⁵ Zwar kann die Schriftform gem. § 126 Abs. 3 BGB regelmäßig auch durch die elektronische Form iSd. § 126a BGB ersetzt werden. Dies gilt dem Wortlaut des § 126 Abs. 3 BGB zufolge allerdings nur, sofern sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Für Verbraucherdarlehensverträge ist diese Möglichkeit der elektronischen Form durch § 492 Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich ausgeschlossen. Die Einhaltung der Textform iSd. § 126b BGB kann die Schriftform gem. § 126 BGB grundsätzlich ebenfalls nicht ersetzen.⁴⁹⁶ Eine besondere Regelung findet sich jedoch in § 502 Abs. 2 BGB für Teilzahlungsgeschäfte im Fernabsatz: Für solche Verträge gilt das Schriftformerfordernis des § 492 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht, sofern die in § 502 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-5 BGB aufgezählten Angaben dem Verbraucher so rechtzeitig in Textform mitgeteilt werden, dass er sie vor dem Abschluss des Vertrages eingehend zur Kenntnis nehmen kann. Die Textform ist gem. § 126b BGB dann erfüllt, wenn die Erklärung auf eine zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben wird, die Person des Erklärenden genannt wird und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar

⁴⁹² Vgl. Abschnitt C II 1a aa (3) (a) im 2. Teil dieser Arbeit.

⁴⁹³ Vgl. Abschnitt D V 1 im 1. Teil dieser Arbeit.

⁴⁹⁴ Zur Anknüpfung von Formvorschriften gem. Art. 29 Abs. 3 EGBGB vgl. unten Abschnitt C VII 3 im 2. Teil dieser Arbeit.

⁴⁹⁵ Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 126 BGB Rn. 7.

⁴⁹⁶ Palandt-*Heinrichs*, 64. Aufl., § 126b BGB Rn. 1; *Hähnchen*, NJW 2001, 2831 (2832f.).

gemacht wird. Diese Form kann zumindest bei einem Vertragsschluss per Email eingehalten werden.⁴⁹⁷

Nach alledem kommen bei Sachverhalten, denen ein Vertragsabschluss via Internet zugrunde liegt, von den deutschen Verbraucherschützenden Normen als intern zwingende Vorschriften iSd. Art. 29 Abs. 1 EGBGB vor allem die Vorschriften über AGB gem. §§ 305 ff. BGB, die Vorschriften über Fernabsatzverträge und Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr gem. § 312b ff. BGB sowie – bei Einhaltung der Textform iSd. § 126b BGB – die Regelungen über Teilzahlungsgeschäfte gem. §§ 501 ff. BGB zur Anwendung.

4. Ergebnis

Im Rahmen des Art. 29 EGBGB ergeben sich Probleme der Rechtsanwendung vorwiegend bei der Frage, ob die Abschlussmodalitäten des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1-3 EGBGB eingehalten sind. Insoweit ist zu differenzieren: Die Anwendbarkeit des Art. 29 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB ist von vornherein ausgeschlossen. Im Rahmen des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB ist zunächst die Zielgerichtetheit des Angebots oder der Werbung auf den Staat des Verbrauchers zu problematisieren: Sie lässt sich nur unter Berücksichtigung des Willens des Warenanbieters ermitteln, der wiederum anhand einer Gesamtschau verschiedener Kriterien ergründet werden muss. Neben einem ausdrücklichen Hinweis auf der Webseite sind dabei die Sprache der Webseite, die Währung, besondere nationale Eigenheiten der beworbenen Leistung wie etwa typische nationale Konfektionsgrößen oder auch der Umstand zu beachten, dass ein Vertragsabschluss tatsächlich erfolgt ist. Des Weiteren ist bei Anwendung des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB auf elektronische Verträge eine teleologische Reduktion erforderlich: Auf die Voraussetzung des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EGBGB, wonach der Verbraucher seine für den Vertragsabschluss erforderliche Rechtshandlung in seinem Aufenthaltsstaat vorgenommen hat, kann es bei Abgabe einer elektronischen Willenserklärung nicht ankommen. Vielmehr ist grundsätzlich der Ort des Heimatrechners ausschlaggebend.

Bei Anwendung des Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB auf einen Vertragsschluss via Internet ist davon auszugehen, dass der Ort der Entgegennahme der Bestellung des Verbrauchers grundsätzlich jener Ort ist, an dem der Warenanbieter seinen Sitz hat.

Neben den Abschlussmodalitäten kann bei einem elektronischen Vertragsschluss ferner die Einordnung eines Vertrages als Verbrauchervertrag Schwierigkeiten machen, da diese an-

⁴⁹⁷ Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 126b BGB Rn. 3; *Hähnchen*, NJW 2001, 2831 (2833).

hand des Vertragszwecks vorzunehmen ist und der Vertragszweck bei einem Distanzgeschäft für den Leistenden nicht in jedem Fall erkennbar ist.

V. Sonderanknüpfung zum Schutz des Verbrauchers gem. Art. 29a EGBGB

Eine weitere Sonderanknüpfung zum Schutz des Verbrauchers erfolgt anhand des Art. 29a EGBGB. Sie ist immer dann einschlägig, wenn ein Vertrag aufgrund einer Rechtswahl nicht dem Gebiet eines Mitgliedstaates der EU oder eines EWR-Staates unterliegt, jedoch einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet eines dieser Staaten aufweist. Dann sind auf den Vertrag trotz der Rechtswahl die im Gebiet dieses Staates geltenden Bestimmungen zur Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien anzuwenden.

Die Verbraucherschutzrichtlinien iSd. Art. 29a Abs. 1 EGBGB sind in Absatz 4 aufgelistet. Dazu zählt unter anderem auch die Fernabsatz-Richtlinie. Sie hat gem. Art. 1 FARL Verträge im Fernabsatz zwischen Verbrauchern und Lieferanten zum Gegenstand. Die nationalen Bestimmungen, die zu ihrer Umsetzung erlassen wurden, sind – in den Grenzen des von Artt. 2, 3 FARL festgelegten Anwendungsbereichs der Richtlinie – auch auf solche Verträge anzuwenden, die im Internet abgeschlossen werden. Daher soll im Folgenden eine eingehende Betrachtung des Art. 29a EGBGB und der besonderen Probleme seiner Anwendung auf elektronische Verträge erfolgen.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Zu den Voraussetzungen des Art. 29a EGBGB gehört zunächst, dass die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben, der zufolge auf den Vertrag das Recht eines Staates Anwendung findet, der weder ein EU-Mitgliedstaat noch ein EWR-Staat ist. Zu den EWR-Staaten zählen neben den EU-Staaten noch Island, Liechtenstein und Norwegen.⁴⁹⁸ Die Rechtswahl muss wirksam sein, d.h. den Voraussetzungen des Art. 27 EGBGB entsprechen.⁴⁹⁹

Gem. Art. 29a Abs. 1 EGBGB ist die Vorschrift nicht auf eine bestimmte Art von Verträgen beschränkt: Anders als Art. 29 EGBGB setzt der Wortlaut des Art. 29a Abs. 1 EGBGB nicht voraus, dass ein Verbrauchervertrag vorliegen muss.⁵⁰⁰ Auch eine Beschränkung auf

⁴⁹⁸ Vgl. das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2.5.1992, BGBl. 1993 II, S. 267, in der Fassung des Anpassungsprotokolls vom 17.3.1993, BGBl. 1993 II, S. 1294.

⁴⁹⁹ Staudinger-*Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 33.

⁵⁰⁰ Darauf weisen auch hin: Staudinger-*Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 30; Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 3.

Verträge, die die Lieferung beweglicher Sachen oder die Erbringung einer Dienstleistung zum Gegenstand haben, ist nicht ersichtlich.

Dennoch fragt sich, ob der sachliche Anwendungsbereich nicht durch die Regelung des Art. 29a Abs. 4 EGBGB auf bestimmte Verträge eingegrenzt ist.

a) Beschränkung durch Art. 29a Abs. 4 EGBGB auf bestimmte Verträge

Von der in Art. 29a Abs. 1 EGBGB genannten Rechtsfolge können letztlich nur solche Verträge erfasst sein, für die die in Art. 29a Abs. 4 EGBGB aufgezählten vier Richtlinien gelten.⁵⁰¹ Insofern wird vertreten, dass der sachliche Anwendungsbereich des Art. 29a EGBGB von vornherein auf die jeweils in den vier Richtlinien genannten Verträge teleologisch zu reduzieren sei.⁵⁰² Der sachliche Anwendungsbereich müsste dann anhand der Vorgaben der Richtlinien selbst erfolgen, d.h. anhand des Art. 1 Klausel-Richtlinie, des Art. 2 Timesharing-Richtlinie⁵⁰³, der Artt. 2, 3 FARL und des Art. 1 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie⁵⁰⁴.

Dagegen spricht jedoch bereits unter dogmatischen Gesichtspunkten, dass die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen des Art. 29a EGBGB bei einem solchen Vorgehen nicht klar getrennt würden. Die Anwendung der nationalen Bestimmungen zur Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien ist erst die Rechtsfolge des Art 29a EGBGB, nicht seine Voraussetzung.

Eine Prüfung des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 29a EGBGB anhand der Vorgaben der Richtlinien selbst anstatt am Maßstab des nationalen Rechts würde im Übrigen dem Grundsatz des Art. 249 EG widersprechen, wonach EG-Richtlinien in den EU- und EWR-Staaten gerade nicht unmittelbar gelten, sondern erst einer Umsetzung in nationales Recht bedürfen. Dem trägt die Vorschrift des Art. 29a EGBGB auch Rechnung: Nur das nationale Verbraucherschutzrecht, mit dem die Richtlinien umgesetzt wurden, ist auf den Vertrag anzuwenden. Nicht hingegen sieht Art. 29a EGBGB eine unmittelbare Anwendung der Regelungen der vier Richtlinien selbst vor.

⁵⁰¹ Ebenso Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 3; Staudinger-*Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 33.

⁵⁰² Freitag/*Leible* EWS 2000, 342 (344).

⁵⁰³ Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien, ABl.EG Nr. L 280 vom 29.10.1994, S. 83.

⁵⁰⁴ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl.EG Nr. L 171 vom 7.7.1999, S. 12.

b) Ergebnis

Demnach ist der sachliche Anwendungsbereich des Art. 29a EGBGB richtigerweise nicht anhand der Bestimmungen der vier Richtlinien zu beschränken. Vielmehr ist erst bei der Anwendung jener nationalen Verbraucherschutzvorschriften, die aufgrund des engen Zusammenhangs iSd. Art. 29a Abs. 1 EGBGB zur Anwendung berufen werden, zu prüfen, ob der in Rede stehende Vertrag ihnen unterliegt oder nicht.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Seinem Wortlaut zufolge schränkt Art. 29a EGBGB auch den persönlichen Anwendungsbereich nicht ein. Allerdings ist wiederum zu bedenken, dass in Anbetracht der vier in Art. 29a Abs. 4 EGBGB genannten Richtlinien letztlich nur solche Verträge von den nationalen Bestimmungen zu ihrer Umsetzung erfasst sein können, die ein Verbrauchergeschäft darstellen.⁵⁰⁵ Dies setzt voraus, dass ein Vertrag zwischen zwei Parteien zustande kommt, von denen die eine im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt, die andere jedoch nicht.⁵⁰⁶

Wie bereits im Zusammenhang mit dem sachlichen Anwendungsbereich erörtert, ist jedoch eine Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs anhand der Vorgaben der Richtlinien selbst abzulehnen. Die Prüfung der Verbrauchereigenschaft einer der Parteien kann mithin richtigerweise erst bei der Anwendung der nationalen Bestimmungen stattfinden.⁵⁰⁷

3. Enger Zusammenhang zu dem Gebiet eines Mitgliedstaats

Gem. Art. 29a Abs. 1 EGBGB muss der Vertrag einen engen Bezug mit dem Gebiet eines Mitgliedstaats aufweisen. Ob dies zu bejahen ist, muss grundsätzlich anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles festgestellt werden.⁵⁰⁸ Hierfür kann der Anknüpfungskatalog herangezogen werden, anhand dessen auch im Rahmen der Artt. 27 ff. EGBGB die Anknüpfung von Verträgen vorgenommen wird.⁵⁰⁹ Anhaltspunkte sind etwa die Staatsangehörigkeit oder der gewöhnliche Aufenthalt bzw. der Firmensitz oder die Zweigniederlassung der Parteien, ferner der Abschlussort des Vertrages, die Vertragssprache oder auch der

⁵⁰⁵ Freitag/Leible, EWS 2000, 342 (344); Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 36.

⁵⁰⁶ Freitag/Leible, EWS 2000, 342 (344).

⁵⁰⁷ So auch Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 36.

⁵⁰⁸ Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 3.

⁵⁰⁹ Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 52; Staudinger, ZfRV 2000, 93 (101); ders., RIW 2000, 416 (418).

Erfüllungsort der vertraglich vereinbarten Leistungen.⁵¹⁰ Besteht ein enger Zusammenhang zu mehreren Staaten der EU bzw. des EWR, so ist das nationale Recht desjenigen Staates anzuwenden, mit dem der Vertrag den engsten Zusammenhang aufweist.⁵¹¹

a) Regelbeispiel gem. Art. 29a Abs. 2 EGBGB

Eine Konkretisierung der Voraussetzung des engen Zusammenhangs findet sich in Art. 29a Abs. 2 EGBGB: Dort werden in Nr. 1 und Nr. 2 besondere Umstände des Vertragsabschlusses genannt, die, sofern sie kumulativ vorliegen, in jedem Fall einen engen Bezug zu dem Gebiet eines Mitgliedstaats ergeben. Diese Aufzählung ist jedoch – anders als die Auflistung der Abschlussmodalitäten in Art. 29 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1-3 EGBGB – nicht abschließend, sondern nennt bloß ein Regelbeispiel, wie aus der Formulierung „insbesondere“ eindeutig hervorgeht.⁵¹²

Im Folgenden soll geprüft werden, ob ein Vertrag, der im Internet abgeschlossen wird, diesem Regelbeispiel unterfallen kann.

aa) Öffentliches Angebot in einem EU- bzw. EWR-Staat gem. Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB

Gem. Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB muss der Vertrag aufgrund eines öffentlichen Angebotes, einer öffentlichen Werbung oder einer ähnlichen geschäftlichen Tätigkeit zustande gekommen sein, die in einem Mitgliedstaat der EU oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens entfaltet wird.

(1) Öffentliches Angebot oder öffentliche Werbung

Ein öffentliches Anbieten bzw. Werben liegt vor, wenn der Anbieter auf seine Leistungen in einer Weise aufmerksam macht, dass Dritte, die vorher keinen geschäftlichen Kontakt zum Anbieter hatten, dies wahrnehmen können.⁵¹³ Von der Vorschrift erfasst wird darüber hinaus – ebenso wie bei Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB – eine *invitatio ad offerendum*.⁵¹⁴ Eine „ähnli-

⁵¹⁰ Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 3.

⁵¹¹ Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 14/2658, S. 50; Freitag/Leible, EWS 2000, 342 (345); dies., ZIP 1999, 1296 (1300); Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 5; Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 38; Mankowski, MMR 2000, Beilage zu Heft 7, 22 (37); Staudinger, RIW 2000, 416 (418).

⁵¹² Freitag/Leible, EWS 2000, 342 (345); Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 3; Kropholler, IPR, § 52 V 2; Martiny, ZEuP 2001, 308 (323); Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 42.

⁵¹³ Erman-Hohloch, Art. 29a EGBGB Rn. 14; Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 43.

⁵¹⁴ Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 43; Roth/Schulze, RIW 1999, 924 (930).

che geschäftliche Tätigkeit“ iSd. Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB ist dann anzunehmen, wenn sie den Vertragsschluss auf ähnliche Weise vorbereitet wie bei einem öffentlichen Anbieten oder Werben.⁵¹⁵

Im Hinblick auf elektronische Verträge ist zu klären, ob eine Warenpräsentation auf einer Webseite ein öffentliches Angebot oder eine öffentliche Werbung darstellt. In den meisten Fällen stellt eine Warenpräsentation auf einer Webseite eine invitatio ad offerendum dar. Dies steht der Anwendung des Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB nicht entgegen.

Fraglich ist allenfalls, ob eine solche Warenpräsentation öffentlich ist. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn der Anbieter auf seine Leistungen in einer Weise aufmerksam macht, dass Dritte, die vorher noch keinen geschäftlichen Kontakt zu ihm hatten, dies wahrnehmen können. Dies ist bei einer kommerziellen Webseite im WWW der Fall. Ein Internet-Nutzer, der zuvor noch keinerlei Kontakt zum Anbieter hatte, kann bei der Suche nach einem bestimmten Produkt beispielsweise mit Hilfe einer Suchmaschine auf die Webseite des Warenanbieters aufmerksam gemacht werden, wenn die Suchmaschine bei der Auflistung der Suchergebnisse die betreffende Webseite als Link anzeigt. Demnach ist eine Wahrnehmung des Angebots bzw. der Werbung des Warenanbieters trotz eines fehlenden vorangegangenen Kontakts durchaus möglich. Die Warenpräsentation auf einer kommerziellen Webseite ist folglich öffentlich. Eine öffentliche Werbung bzw. – je nach Ausgestaltung der Webseite – ein öffentliches Angebot liegt vor.

(2) Entfaltung in einem EU- bzw. EWR-Staat

Das öffentliche Angebot, die öffentliche Werbung oder eine ähnliche geschäftliche Tätigkeit müsste gem. Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB in einem Mitgliedstaat der EU bzw. in einem EWR-Vertragsstaat entfaltet werden. Dies im Hinblick auf die Nutzung des Internet zu bejahen, liegt nahe: Grundsätzlich ist eine weltweite Abrufbarkeit der öffentlichen Werbung auf einer kommerziellen Webseite gewährleistet. Demnach könnte man davon ausgehen, dass ein Warenanbieter, der eine Webseite im Internet unterhält, seine geschäftliche Tätigkeit zwangsläufig in jedem Staat der Welt und damit auch in den Mitgliedstaaten der EU bzw. in den Vertragsstaaten des EWR iSd. Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB entfaltet.

⁵¹⁵ Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 43.

(a) Zielgerichtetheit

Allerdings drängt sich die Frage auf, ob Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB nicht möglicherweise voraussetzt, dass das öffentliche Angebot bzw. die öffentliche Werbung des Warenanbieters gezielt auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers ausgerichtet sein muss. Die Voraussetzung der Zielgerichtetheit des Angebots bzw. der Werbung findet sich sowohl in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO in Gestalt der „Ausrichtung“ der geschäftlichen Tätigkeit als auch in Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ und im gleichlautenden Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, die ein Angebot oder eine Werbung „in diesem Staat“ verlangen. Inwieweit diese Voraussetzung bei Verwendung einer kommerziellen Webseite im Internet erfüllt ist, wurde bereits an anderer Stelle ausführlich diskutiert.⁵¹⁶

(aa) Entfaltung der geschäftlichen Tätigkeit

So könnte auch die Voraussetzung des Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB, wonach die geschäftliche Tätigkeit in einem EU- bzw. EWR-Staat „entfaltet wird“, beinhalten, dass die geschäftliche Tätigkeit gezielt auf einen EU- oder einen EWR-Staat ausgerichtet sein muss. Zu klären ist also, wie diese Formulierung des Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB zu verstehen ist.

Die Wortwahl des Art. 29 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB lässt auf den ersten Blick nicht das Erfordernis einer Zielgerichtetheit erkennen, anders als etwa die Formulierung in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, wo ausdrücklich gefordert wird, dass der Vertragspartner seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit auf den Staat „ausrichtet“. Eine „Entfaltung“ kann dem Wortsinn nach vielmehr auch eine unbeabsichtigte, nicht gezielt hervorgerufene Begleiterscheinung sein. Demnach kann sich eine geschäftliche Tätigkeit in einem bestimmten Staat grundsätzlich auch dann entfalten, wenn der betreffende Warenanbieter sein Angebot bzw. seine Werbung nicht bewusst und gezielt auf diesen Staat ausgerichtet hat. Allein das faktische Vorhandensein führt zu einer Entfaltung der geschäftlichen Tätigkeit. Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB setzt also seinem Wortlaut zufolge nicht voraus, dass die geschäftliche Tätigkeit des Warenanbieters zielorientiert auf einen EU- bzw. EWR-Staat ausgerichtet sein muss.

(bb) Anwendung auf eine kommerzielle Webseite

Fraglich ist allerdings, ob dieses Verständnis der Norm zu gerechten Ergebnissen bei Verwendung einer kommerziellen Webseite führt. Ganz im Sinne der obigen Wortlautausle-

⁵¹⁶ Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (2) im 1. Teil dieser Arbeit.

gung wird von der herrschenden Meinung vertreten, dass eine Warenpräsentation auf einer kommerziellen Webseite im Internet sich auch dann in den Mitgliedstaaten der EU bzw. in den Vertragsstaaten des EWR „entfaltet“, wenn der Warenanbieter seine Webseite nicht gezielt auf diese Staaten ausgerichtet hat.⁵¹⁷ Die Entfaltung ergibt sich aus der bloßen Abrufbarkeit der Webseite.⁵¹⁸

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Es drängt sich jedoch die Frage auf, ob einem Warenanbieter im Internet nicht trotz der weltweiten Abrufbarkeit der Webseite eine Möglichkeit zur Verfügung stehen muss, die weltweite „Entfaltung“ seiner öffentlichen Werbung wirksam zu beschränken. Zu bedenken ist, dass er andernfalls das Rechtsanwendungsrisiko der Verbraucherschutzvorschriften aller EU- bzw. EWR-Staaten zu tragen hat. Im Rahmen des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO wurde bereits klargestellt, dass eine Risikoverteilung, die ausschließlich zu Lasten des Warenanbieters geht, vielfach nicht angemessen ist.⁵¹⁹ Gerade kleine und mittlere Unternehmen haben oftmals gar kein Interesse an der weltweiten Verbreitung ihrer Warenpräsentation. Die Argumentation, wer die Vorteile des Internet nutze, müsse konsequenterweise auch die Nachteile tragen, wird der Wirklichkeit also nicht immer gerecht. Insofern sollte einem Warenanbieter trotz der weltweiten Abrufbarkeit seiner Webseite billigerweise eine Möglichkeit zur Verfügung stehen, die Entfaltung seiner geschäftlichen Tätigkeit iSd. Art. 29a Abs. 1 Nr. 1 EGBGB und damit das Rechtsanwendungsrisiko wirksam zu beschränken.

Fraglich ist, ob dies mit dem Wortlaut des Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB zu vereinbaren ist. Insoweit fällt jedoch bei genauerem Hinsehen auf, dass die Voraussetzung des Art. 29a EGBGB nicht etwa dahingehend formuliert ist, dass die geschäftliche Tätigkeit „sich entfaltet“, sondern dass vielmehr eine passive Formulierung gebraucht wird, wonach die geschäftliche Tätigkeit „entfaltet wird“. Das deutet darauf hin, dass letztlich doch eine Willensbetätigung des geschäftlich Tätigen vorausgesetzt wird. Wenngleich also die Verwendung des Begriffs der „Entfaltung“ einerseits kein zielgerichtetes Tätigwerden erfordert, so ist dennoch eine Willensbetätigung nötig, damit eine geschäftliche Tätigkeit „entfaltet wird“. Demnach steht der Wortlaut des Art 29a EGBGB der Beschränkung einer „Entfaltung“ einer kommerziellen Webseite im Ergebnis nicht entgegen.

Trotz der weltweiten Abrufbarkeit kann ein Warenanbieter die Entfaltung seiner Webseite insofern dadurch verhindern, dass er mit einem ausdrücklichen Hinweis klarstellt, dass die

⁵¹⁷ Ebenso *Freitag/Leible*, EWS 2000, 342 (345); Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 3; Staudinger-*Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 43; *Roth/Schulze*, RIW 1999, 924 (932).

⁵¹⁸ Staudinger-*Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 43.

⁵¹⁹ Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (2) (b) (dd) (bbb) im 1. Teil dieser Arbeit.

Webseite in einem bestimmten Staat keine Geltung hat. Dann wird eine geschäftliche Tätigkeit in diesem Staat ganz offensichtlich nicht entfaltet. Hingegen kann eine bloße Gesamtschau sonstiger Indizien die Entfaltung nicht verhindern. Anders als etwa im Rahmen des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO kommt es bei Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB nämlich nicht etwa auf ein gezieltes Tätigwerden an, sondern bloß auf das faktische Vorhandensein der öffentlichen Werbung. Der Warenanbieter muss sich also über die faktische Abrufbarkeit seiner Webseite in dem betreffenden Staat bewusst hinwegsetzen, wenn er die Entfaltung vermeiden will. Dafür kann nur ein ausdrücklicher Ausschluss genügen. Die öffentliche Werbung auf einer kommerziellen Webseite ist also nur dann in einem bestimmten Staat „nicht vorhanden“, wenn dies durch einen ausdrücklichen Ausschluss ihrer Geltung klargestellt wird.

(b) Ergebnis

Nach alledem stellt die Warenpräsentation auf einer kommerziellen Webseite im Internet ein öffentliches Angebot bzw. eine öffentliche Werbung iSd. Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB dar. Aufgrund der weltweiten Abrufbarkeit wird sie grundsätzlich auch in jedem Staat entfaltet. Der Warenanbieter kann die Entfaltung seiner geschäftlichen Tätigkeit jedoch verhindern, wenn er auf der Webseite ausdrücklich einen Ausschluss der Geltung seiner Warenpräsentation in einem bestimmten Staat erklärt. Dann wird die geschäftliche Tätigkeit in diesem Staat nicht entfaltet. Im Hinblick auf den Regelungsinhalt des Art. 29a EGBGB kann ein Warenanbieter im Internet die Anwendung der europäischen Verbraucherschutzvorschriften dabei aber nur dann verhindern, wenn er die Geltung seiner kommerziellen Webseite in allen EU- und EWR-Staaten gleichermaßen ausschließt.

(3) Kausalzusammenhang

Gem. Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB muss der Vertrag „auf Grund“ des öffentlichen Angebots bzw. der öffentlichen Werbung oder ähnlichen geschäftlichen Tätigkeit zustande gekommen sein. Fraglich ist, ob sich aus dieser Formulierung das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen dem öffentlichen Angebot bzw. der Werbung einerseits und der für den Vertragsschluss erforderlichen Erklärung des Verbrauchers andererseits entnehmen lässt. Die gleiche Frage wurde bereits im Rahmen des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO und im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ aufgeworfen und stellt sich aufgrund des identischen Wortlauts gleichermaßen auch bei Anwendung des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB. Dort

wurde jeweils der Schluss gezogen, dass ein Kausalzusammenhang nicht erforderlich ist.⁵²⁰ Anders als in jenen Vorschriften findet sich hier jedoch die ausdrückliche Formulierung „auf Grund“, was eine gewisse Klarheit schafft. Angesichts dieser Wortwahl ist davon auszugehen, dass im Anwendungsbereich des Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB eine Kausalität zwischen dem Angebot und der Erklärung des Verbrauchers vorliegen muss.⁵²¹

Diese Schlussfolgerung ist allerdings nicht unumstritten.⁵²² Das Erfordernis des Kausalzusammenhangs bedeutet, dass der Verbraucher sich nur dann auf den Schutz durch Art. 29a EGBGB berufen kann, wenn er diesen Kausalzusammenhang beweisen kann.⁵²³ Diesen Beweis zu führen, gestaltet sich für den Verbraucher jedoch schwierig. Insofern lässt sich gegen das Erfordernis des Kausalzusammenhangs anführen, dass der Schutz durch Art. 29a EGBGB für den Verbraucher an zu strenge Voraussetzungen geknüpft wird. Statt des Kausalzusammenhangs soll daher lediglich erforderlich sein, dass die Aktivität des Anbieters zu Verträgen der abgeschlossenen Art führen konnte.⁵²⁴

Die genannten Einwände sind zwar nicht von der Hand zu weisen. Nichtsdestotrotz ist der Wortlaut des Art. 29a EGBGB eindeutig – er ist gerade nicht so unklar formuliert wie etwa Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ und Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB. Gefordert wird ausdrücklich, dass die Erklärung „auf Grund“ der geschäftlichen Tätigkeit erfolgt sein muss. Ein Verzicht auf den Kausalzusammenhang wird der Norm mithin nicht gerecht. Bei lebensnaher Betrachtungsweise ist aber davon auszugehen, dass ein Verbraucher, der zuvor keinerlei Kontakt mit dem Warenanbieter hatte, tatsächlich erst „auf Grund“ des öffentlichen Warenangebotes bzw. der öffentlichen Werbung zu einem Vertragsabschluss mit dem betreffenden Anbieter veranlasst wurde. Insofern sollte letztlich zumindest eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen des Kausalitätszusammenhangs zwischen der geschäftlichen Tätigkeit des Anbieters und der für den Vertragsabschluss erforderlichen Erklärung des Verbrauchers sprechen.⁵²⁵ Auf diese Weise wird weder der Wortlaut des Art. 29a EGBGB missachtet, noch wird der Verbraucher mit einer allzu schwierigen Beweisführung belastet und unangemessen benachteiligt.

⁵²⁰ Vgl. bzgl. Art. 15 EuGVVO Abschnitt B VI 3b aa im 1. Teil dieser Arbeit; bzgl. Art. 13 EuGVÜ/LugÜ Abschnitt C V 1b bb (2) im 1. Teil dieser Arbeit; bzgl. Art. 29 EGBGB Abschnitt C IV 2a im 2. Teil dieser Arbeit.

⁵²¹ Freitag/Leible, EWS 2000, 342 (345); Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 3.

⁵²² Vgl. Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 45.

⁵²³ Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 45.

⁵²⁴ Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 45.

⁵²⁵ Ebenso Roth/Schulze, RIW 1999, 924 (930); zu § 12 AGBG auch Staudinger-Schlosser, § 12 AGBG Rn. 11.

bb) Gewöhnlicher Aufenthalt der anderen Vertragspartei in einem EU- oder EWR-Staat gem. Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB

Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB stellt eine kumulative Voraussetzung für das Vorliegen des Regelbeispiels dar. Gem. Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB muss der andere Vertragsteil bei Abgabe seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Erklärung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der EU oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens haben. Anders als bei Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift jedoch nicht die Voraussetzung entnehmen, dass es sich bei dem Aufenthaltsstaat um denselben Staat handeln muss, in dem der Anbieter seine geschäftliche Tätigkeit entfaltet hat.⁵²⁶ Die Voraussetzungen des Regelbeispiels liegen also grundsätzlich auch dann vor, wenn der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem EU- oder EWR-Staat hat, in dem sein Vertragspartner die geschäftliche Tätigkeit gar nicht entfaltet hat. Im Hinblick auf eine Warenpräsentation im Internet ist diese Überlegung aber letztlich ohne Belang, da die Tätigkeit des Warenanbieters, d.h. die Warenpräsentation auf einer Webseite, sich aufgrund der weltweiten Abrufbarkeit ohnehin in jedem EU- oder EWR-Staat gleichermaßen entfaltet, sofern dies nicht für einzelne Staaten ausdrücklich ausgeschlossen ist.

(1) Ort der Abgabe der auf den Vertragsschluss gerichteten Erklärung

Umstritten ist, ob der Vertragspartner seine für den Vertragsschluss erforderliche Willenserklärung in seinem gewöhnlichen Aufenthaltsstaat abgeben muss oder ob dies auch außerhalb des betreffenden EU- bzw. EWR-Staates erfolgen kann. Anders als in Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB wird in Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB nicht festgeschrieben, dass der Verbraucher die Erklärung in seinem Aufenthaltsstaat tätigen muss. In Anbetracht des Wortlauts der Vorschrift wird somit von der herrschenden Meinung in der Literatur festgestellt, dass dieses Erfordernis nicht besteht.⁵²⁷ Von einer Mindermeinung wird hingegen vertreten, dass auch Art. 29a EGBGB an den Grundwertungen des Art. 29 EGBGB bzw. des Art. 5 EVÜ festhalte und insofern nur den passiven Verbraucher schütze.⁵²⁸ Nach dieser Ansicht soll Art. 29a EGBGB also offenbar nicht zur Anwendung gelangen, wenn sich der Verbraucher zum Zeitpunkt seiner Erklärung nicht in seinem Aufenthaltsstaat befindet.⁵²⁹ Die Voraussetzung, dass der

⁵²⁶ Freitag/Leible, EWS 2000, 342 (345).

⁵²⁷ Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 3; Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 46; Micklitz/Reich, BB 1999, 2093 (2099).

⁵²⁸ Mankowski, MMR 2000, Beilage zu Heft 7, 22 (37); ders., in: Spindler/Wiebe (Hrsg.), S. 435 (492), dort Rn. 103. Ebenso schon vor Einführung des Art. 29a EGBGB Thorn, IPRax 1999, 1 (8).

⁵²⁹ So auch die Interpretation der Auffassung Mankowskis durch Magnus: vgl. Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 46.

Verbraucher die Erklärung in seinem Aufenthaltsstaat abgeben muss, soll nach dieser Ansicht also gleichsam auch bei Art. 29a EGBGB bestehen.

Jener Auffassung ist aus drei Gründen nicht zu folgen.

(a) Wortlaut der Norm

Zum einen ist einzuwenden, dass der Wortlaut des Art. 29a EGBGB keineswegs erkennen lässt, dass die Norm nur den passiven Verbraucher schützen soll. Eine entsprechende Einschränkung, wie sie Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EGBGB enthält, findet sich in Art. 29a Abs. 2 EGBGB ja gerade nicht.

(b) Regelungszweck

Auch der Regelungszweck des Art. 29a EGBGB lässt nicht den Schluss zu, dass der Anwendungsbereich des Art. 29a EGBGB auf die von der Mindermeinung genannte Grundkonstellation zu reduzieren ist. Die Vorschrift soll die Umgehung des im Binnenmarkt geltenden Verbraucherschutzniveaus verhindern, die durch die Wahl eines Drittstaatenrechts droht.⁵³⁰ Art. 29a EGBGB sichert insofern die Geltung des vereinheitlichten europäischen Verbraucherschutzrechts gegen seine Verdrängung durch das gewählte Drittstaatenrecht.⁵³¹ Der Geltungsanspruch des vereinheitlichten Verbraucherschutzrechts beruht dabei auf dem Umstand, dass der Vertrag einen engen Bezug zum Gebiet der EU bzw. des EWR hat. In dem Regelbeispiel des Art. 29a Abs. 2 EGBGB ist dieser enge Zusammenhang nur bei kumulativem Vorliegen zweier Merkmale zu bejahen: Das ist zum einen die Entfaltung einer geschäftlichen Tätigkeit in einem EU- bzw. EWR-Staat; zum anderen der gewöhnliche Aufenthalt des Vertragspartners in einem solchen Staat. Beide Merkmale zeugen von einem engen Zusammenhang des Vertrages zum Gebiet eines EU- bzw. EWR-Staates. Insofern ist dieses Regelbeispiel in Art. 29a Abs. 2 EGBGB eine konsequente Ausgestaltung der Grundregelung des Art. 29a Abs. 1 EGBGB. Das Regelbeispiel erfüllt auch den Normzweck: Ist es erfüllt, lässt sich ein enger Zusammenhang zu einem EU- oder EWR-Staat nicht leugnen. Das dort umgesetzte Verbraucherschutzrecht soll sich dann gegen die Rechtswahl eines Drittstaatenrechts durchsetzen.

Gegen einen derartigen umfassenden Verbraucherschutz für solche Vertragspartner, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Staat der EU bzw. des EWR haben, ist grundsätzlich

⁵³⁰ Staudinger-*Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 1.

⁵³¹ Staudinger-*Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 1.

auch nichts einzuwenden. Sie ist auch im Hinblick auf Internet-Verträge nicht zu weitgehend. Zwar kann die Nutzung des Internet aufgrund der weltweiten Abrufbarkeit einer Webseite zu einer weltweiten „Entfaltung“ der geschäftlichen Tätigkeit iSd. Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB führen, so dass Art. 29a EGBGB bei Verwendung einer kommerziellen Webseite nahezu immer zur Anwendung gelangt. Jedoch wurde in den obigen Ausführungen bereits die Einschränkung gemacht, dass die geschäftliche Tätigkeit bei Verwendung einer kommerziellen Webseite nicht in jedem Fall weltweit entfaltet wird: Sofern der Warenanbieter die Geltung seiner Warenpräsentation in einem bestimmten Staat ausdrücklich ausschließt, wird die geschäftliche Tätigkeit in diesem Staat jedenfalls nicht entfaltet.⁵³² Das Regelbeispiel des Art. 29a Abs. 2 EGBGB ist also bei Verwendung einer kommerziellen Webseite nur dann erfüllt, wenn ein ausdrücklicher Ausschluss der Geltung der Warenpräsentation in den EU- bzw. EWR-Staaten nicht erfolgt. Dann ist aber die Anwendung des vereinheitlichten Verbraucherschutzrechts auch nicht unbillig. Die Risikoverteilung ist in dieser Konstellation gerecht: Derjenige, der sich das Internet für seine geschäftliche Tätigkeit zunutze macht und auch in der Tat den Vorteil einer weltweiten – gerade nicht durch einen ausdrücklichen Geltungsausschluss beschränkten – Präsenz genießt, muss als Kehrseite auch das Rechtsanwendungsrisiko tragen, wenn er tatsächlich mit Kunden aus der EU bzw. dem EWR seine Geschäfte macht. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass einem Warenanbieter, dem diese Risikoverteilung missfällt, immer auch die Möglichkeit verbleibt, die Information über den gewöhnlichen Aufenthaltsstaat seines Kunden vor dem Vertragsschluss in dem Bestellformular abzufragen und gegebenenfalls von einem Vertragsabschluss mit einem Kunden aus der EU bzw. aus dem EWR Abstand zu nehmen. Die durch die Regelung des Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB geförderte umfassende Anwendung der europäischen Verbraucherschutzvorschriften ist nach alledem auch im Hinblick auf Internet-Verträge nicht zu weitgehend.

(2) Übereinstimmung mit der teleologischen Reduktion des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB

Schließlich entspricht die Regelung des Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB genau der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung bezüglich Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, wonach es selbst dort bei Vertragsschlüssen im Internet nicht auf den Ort ankommen kann, an dem der Verbraucher seine für den Vertragsschluss erforderliche Erklärung abgibt. Wenn sogar im Rahmen des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB auf diese Voraussetzung verzichtet wird, wo sie ausdrücklich normiert ist, dann kann im Rahmen des Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB, der diese Voraussetzung schon seinem Wortlaut zufolge gar nicht enthält, erst recht nichts anderes gel-

⁵³² Vgl. Abschnitt B VI 3a cc (2) (b) (ee) (ggg) im 1. Teil dieser Arbeit.

ten. Dies ist auch sachlich richtig. Bei einem elektronischen Vertragsabschluss via Internet kann der Ort der Abgabe der für den Vertragsschluss erforderlichen Erklärung völlig willkürlich gewählt werden. Er ist damit letztlich ohne besondere Aussagekraft und schon aus diesem Grund nicht geeignet, einen engen Zusammenhang zu einem bestimmten Staat herzustellen.

b) Ergebnis

Die Mindermeinung, wonach der Vertragspartner seine für den Vertragsschluss erforderliche Erklärung in seinem EU- bzw. EWR-Aufenthaltsstaat abgeben muss, damit ein enger Zusammenhang iSd. Art. 29a Abs. 1 EGBGB bejaht werden kann, ist nach alledem abzulehnen. Sie wird weder dem Wortlaut des Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB gerecht, noch trägt sie dem Regelungszweck des Art. 29a EGBGB Rechnung. Auf den Ort der Abgabe der Willenserklärung kommt es demnach nicht an. Nur dieses Ergebnis steht im Übrigen mit der in der vorliegenden Arbeit vorgenommenen teleologischen Reduktion des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB im Einklang: Auch in Bezug auf jene Vorschrift wird vertreten, dass es bei einem Vertragsabschluss im Internet nicht darauf ankommen kann, an welchem Ort der Verbraucher seine für den Vertragsschluss erforderliche Willenserklärung abgibt.

4. Rechtsfolge

Weist der Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet eines EU- oder EWR-Staates auf und sind auch alle sonstigen Voraussetzungen der Norm erfüllt, so besteht die Rechtsfolge gem. Art. 29a Abs. 1 EGBGB darin, dass die im Gebiet dieses EU- bzw. EWR-Staates geltenden nationalen Bestimmungen zur Umsetzung der in Abs. 4 genannten Verbraucherschutzrichtlinien zur Anwendung gelangen. Anders als noch im Referentenentwurf zu Art. 29a EGBGB vorgesehen, der ursprünglich eine Anwendung des deutschen Sachrechts festschrieb⁵³³, handelt es sich also um eine allseitige Kollisionsnorm.⁵³⁴ Das von den Parteien gewählte Recht eines Drittstaates wird von den nationalen verbraucherschützenden Vorschriften, die zur Umsetzung der für den vorliegenden Vertrag einschlägigen Richtlinie erlassen wurden, verdrängt. Im Übrigen bleibt die Rechtswahl aber gültig und das Drittstaatenrecht demnach in allen anderen Regelungsbereichen anwendbar.⁵³⁵

⁵³³ Vgl. zur Kritik *Freitag/Leible*, ZIP 1999, 1296 (1298); *Pfeiffer*, NJW 1999, 3674 (3679f.); *Roth/Schulze*, RIW 1999, 924 (931); *Staudinger*, IPRax 1999, 414 (416f.); *Wagner*, IPRax 2000, 249 (255).

⁵³⁴ *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 5; *Staudinger-Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 51; *Staudinger*, RIW 2000, 416 (416f.); *ders.*, ZfRV 2000, 93 (100f.).

⁵³⁵ *Staudinger-Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 53.

Exemplarisch soll hier kurz benannt werden, welche Vorschriften des deutschen Rechts gem. Art. 29a Abs. 1 EGBGB zur Anwendung gelangen, wenn der enge Zusammenhang zu Deutschland besteht⁵³⁶: Es handelt sich um §§ 305 ff. BGB und §§ 13, 14 BGB zur Umsetzung der Klausel-Richtlinie, §§ 481 ff. BGB und §§ 355, 357 BGB zur Umsetzung der Time-sharing-Richtlinie, §§ 312b ff. BGB zur Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie sowie §§ 474 ff. BGB zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.⁵³⁷ Im Hinblick auf die im Internet abgeschlossenen Verträge, die den Gegenstand dieser Untersuchung darstellen, sind dabei in erster Linie die §§ 312b ff. BGB von Interesse. Vielfach finden außerdem die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. §§ 305 ff. BGB und die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf gem. §§ 474 ff. Anwendung.

Insoweit ergeben sich keine Probleme. Dennoch wirft die Rechtsfolge der Norm Fragen auf, die der Vollständigkeit halber im Folgenden Erwähnung finden sollen.

a) Fehlen eines Günstigkeitsvergleichs

Auffallend ist, dass Art. 29a EGBGB seinem Wortlaut nach keinen Günstigkeitsvergleich vorsieht.⁵³⁸ Das nationale Recht des EU- bzw. EWR-Staates, zu dem der Vertrag einen engen Bezug aufweist, ist also auch in solchen Fällen anzuwenden, in denen das gewählte Recht des Drittstaates für den Verbraucher das höhere Schutzniveau enthält.⁵³⁹ Damit steht die Norm im Widerspruch zu den kollisionsrechtlichen Vorgaben der in Art. 29a Abs. 4 EGBGB aufgelisteten Richtlinien, die nach ganz herrschender Meinung⁵⁴⁰ allesamt einen Günstigkeitsvergleich vorsehen.⁵⁴¹ Fraglich ist, ob sich dieser Widerspruch im Wege der Auslegung durch die deutschen Gerichte überwinden lässt.

⁵³⁶ Zu der Frage, inwieweit nach der *Ingmar*-Entscheidung des EuGH (Urteil vom 9.11.2000, Rs. C-381/98, Slg. 2000, I-9305) im Wege der analogen Anwendung des Art. 29a Abs. 1 und Abs. 2 EGBGB auch weitere Verbraucherschutznormen bei Wahl eines Drittstaatenrechts zur Anwendung gelangen können, die zur Umsetzung anderer als der in Art. 29a Abs. 4 EGBGB genannten Verbraucherschutzrichtlinien geschaffen wurden: vgl. *Bitterich*, VuR 2002, 155 ff.; ferner *Freitag/Leible*, RIW 2001, 287 (290-293); *Michaels/Kamann*, EWS 2001, 301 ff.; *Nemeth/Rudisch*, ZfRV 2001, 179 (182f.).

⁵³⁷ *Staudinger-Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 56.

⁵³⁸ Darauf weisen auch hin: *Freitag/Leible*, EWS 2000, 342 (347); *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 5; *Staudinger-Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 54; *Staudinger*, RIW 2000, 416 (418); *Thorn*, IPRax 2002, 349 (359).

⁵³⁹ *Staudinger-Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 54.

⁵⁴⁰ *Freitag/Leible*, ZIP 1999, 1296 (1299); *Jayme*, in: Hommelhoff/Jayme/Mangold (Hrsg.), S. 35 (46); *Jayme/Kohler*, IPRax 1995, 343 (345f.); *Mankowski*, BB 1999, 1225 (1228); *Micklitz/Reich*, BB 1999, 2093 (2099); *Roth/Schulze*, RIW 1999, 924 (931); *Sonnenberger*, FS Fikentscher (1998), S. 281 (295); *Staudinger*, IPRax 1999, 414 (417); *Thorn*, IPRax 1999, 1 (8); *Wagner*, IPRax 2000, 249 (254). Anderer Ansicht aber *Kapnopoulou*, S. 154; *Kretschmar*, S. 282; *Mäsch*, EuZW 1995, 8 (13); *Rauscher*, EuZW 1996, 650 (651); *Wegner*, S. 180.

⁵⁴¹ *Freitag/Leible*, EWS 2000, 342 (347); *Thorn*, IPRax 2002, 349 (359).

Die Auslegung des Art. 29a EGBGB unterliegt nicht der Vorschrift des Art. 36 EGBGB, wonach bei der Auslegung und Anwendung der Art. 3 ff. EGBGB die rechtsvereinheitlichende Wirkung des EVÜ zu berücksichtigen ist. Vielmehr ist bei Art. 29a EGBGB das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung⁵⁴² der Norm zu beachten.⁵⁴³ Im vorliegenden Fall findet diese jedoch ihre Grenzen⁵⁴⁴ einerseits in dem eindeutigen Wortlaut des Art. 29a EGBGB und andererseits in dem offenbar ebenso eindeutigen Willen des deutschen Gesetzgebers, der sich trotz der angeregten Diskussion in der Literatur zu dieser Frage⁵⁴⁵ insoweit nicht beirren ließ.⁵⁴⁶ Eine Auslegung des Art. 29a EGBGB dahingehend, dass ein Günstigkeitsvergleich zwischen den zur Anwendung berufenen Verbraucherschutznormen und dem gewählten Drittstaatenrecht erfolgen müsse, ist den deutschen Gerichten somit verwehrt. Für die letztinstanzlichen Gerichte besteht jedoch die Möglichkeit, die Frage der Richtlinienkonformität des Art. 29a EGBGB dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 234 EG vorzulegen.⁵⁴⁷

b) Unzutreffende oder weitergehende Umsetzung des Richtlinienrechts

Darüber hinaus ist unklar, in welchem Umfang die nationalen Bestimmungen zur Umsetzung der gem. Art. 29a Abs. 1 iVm. Abs. 4 EGBGB in Betracht kommenden Richtlinie zur Anwendung gelangen. Drei verschiedene Konstellationen sind denkbar.

Zum einen besteht die Möglichkeit, dass eine Richtlinie durch einen Mitgliedstaat entweder gar nicht oder aber fehlerhaft umgesetzt wurde. Im Fall der fehlerhaften Umsetzung ist der deutsche Richter gehalten, eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Bestimmungen vorzunehmen, die die fehlerhafte Umsetzung beinhalten.⁵⁴⁸ Im Fall der unterlassenen Umsetzung sind hingegen gar keine nationalen Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie vorhanden, so dass die Anknüpfung des anwendbaren Rechts gem. Art. 29a EGBGB letztlich ins Leere geht. Entstehen dem Betroffenen Nachteile, so kann er aber in beiden Fällen Staatshaf-

⁵⁴² Hierzu ausführlich *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 291 ff.

⁵⁴³ *Freitag/Leible*, EWS 2000, 342 (347); *Staudinger*, RIW 2000, 416 (420).

⁵⁴⁴ Zu den Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung vgl. etwa *Brechmann*, S. 265 ff.; *Ehricke*, EuZW 1999, 553 ff.; *Grundmann*, ZEuP 1996, 399 ff..

⁵⁴⁵ Vgl. etwa zum Referentenentwurf für Art. 29a EGBGB *Freitag/Leible*, ZIP 1999, 1296 (1299f.); *Roth/Schulze*, RIW 1999, 924 (930); *Staudinger*, IPRax 1999, 414 (417f.); *Thorn*, IPRax 1999, 1 (8).

⁵⁴⁶ *Freitag/Leible*, EWS 2000, 342 (347); *Thorn*, IPRax 2002, 349 (359). Anderer Ansicht *Staudinger-Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 25.

⁵⁴⁷ *Thorn*, IPRax 2002, 349 (359); ferner *Freitag/Leible*, ZIP 1999, 1297 (1298); *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 1; *Staudinger*, RIW 2000, 416 (429); *Tonner*, BB 2000, 1413 (1419).

⁵⁴⁸ *Freitag/Leible*, EWS 2000, 342 (347); *Staudinger*, RIW 2000, 416 (417).

tungsansprüche⁵⁴⁹ gegen den betreffenden Mitgliedstaat geltend machen, sofern die Voraussetzungen einer Staatshaftung wegen mangelhafter oder unterlassener Richtlinienumsetzung vorliegen.⁵⁵⁰

Des Weiteren ist die Situation denkbar, dass eine Richtlinie in einem Mitgliedstaat durch eine strengere Regelung umgesetzt wurde, als von der Richtlinie selbst vorgesehen ist. Dies ist durchaus richtlinienkonform: Alle in Abs. 4 genannten EG-Richtlinien beschränken sich ausdrücklich auf die Festlegung von Mindeststandards, wobei den Mitgliedstaaten aber freigestellt ist, zur Sicherstellung eines höheren Schutzes für die Verbraucher strengere Bestimmungen zu erlassen.⁵⁵¹ In solchen Fällen sind die nationalen Bestimmungen mit dem Standard anzuwenden, den der nationale Gesetzgeber für die Umsetzung gewählt hat, auch wenn dieser Standard über den Mindeststandard der Richtlinie hinausgeht.⁵⁵²

Die dritte mögliche Konstellation liegt dann vor, wenn der Vertragstyp, für den das anzuwendende Recht anhand des Art. 29a EGBGB ermittelt wird, vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausdrücklich ausgenommen ist, die nationalen Bestimmungen zur Umsetzung der betreffenden Richtlinie diesen Vertragstyp aber dennoch erfassen. So ist etwa im deutschen Gesetz zur Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie die Anwendung der Normen auch auf Internet-Auktionen erweitert worden, obwohl Internet-Auktionen vom Anwendungsbereich der Fernabsatz-Richtlinie gem. Art. 3 Abs. 1 5. Spiegelstrich FARL ausdrücklich ausgenommen wurden.⁵⁵³ Der Wortlaut des Art. 29a Abs. 1 EGBGB besagt, dass die Anwendung des durch Art. 29a Abs. 1 EGBGB berufenen Rechts auf diejenigen Bestimmungen beschränkt ist, die „zur Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien“ in Abs. 4 dienen. Solche nationalen Regelungen, die über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinausgehen, können aber schon begrifflich nicht deren Umsetzung dienen. Sie sind folglich nicht auf den Vertrag anwendbar.⁵⁵⁴

5. Verhältnis der Norm zu Art. 29 EGBGB

Zum Abschluss der Darstellung der Rechtsanwendungsprobleme im Rahmen des Art. 29a EGBGB ist schließlich das Verhältnis von Art. 29a EGBGB zu Art. 29 EGBGB zu erörtern.

⁵⁴⁹ Grundlegend dazu EuGH, Urteil vom 19.11.1991, Rs. C-6/90 und C 9/90 – *Francovich*, Slg. 1991, I-5357; Urteil vom 8.10.1996, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/94 – *Dillenkofer u.a.*, Slg. 1996, I-4845; BGHZ 134, 30 ff.; OLG Köln, NJW-RR 1998, 169f..

⁵⁵⁰ *Freitag/Leible*, EWS 2000, 342 (347); *Staudinger*, RIW 2000, 416 (417).

⁵⁵¹ Vgl. Art. 8 Klausel-Richtlinie, Art. 11 Timesharing-Richtlinie, Art. 14 Fernabsatz-Richtlinie und Art. 8 Abs. 2 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.

⁵⁵² *Freitag/Leible*, EWS 2000, 342 (346).

⁵⁵³ Vgl. den Ausnahmekatalog des § 312b Abs. 3 BGB: Versteigerungen werden nicht genannt.

⁵⁵⁴ *Freitag/Leible*, EWS 2000, 342 (344).

Es ist von besonderer Relevanz für die Frage, welche Bedeutung der Regelung des Art. 29a EGBGB im Hinblick auf elektronisch abgeschlossene Verträge letztlich zukommt.

a) Streitstand

Das Verhältnis der beiden Normen zueinander wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Problematisch erscheint, dass beide Vorschriften sich in ihrem Anwendungsbereich vielfältig überschneiden, jedoch unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen. Zu fragen ist also, welcher Norm bei der Ermittlung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts der Vorrang gebührt.

Nach herrschender Meinung ist Art. 29 EGBGB die speziellere Vorschrift und hat insofern generell Vorrang vor Art. 29a EGBGB.⁵⁵⁵ Diese Ansicht verweist auf eine entsprechende Aussage in der Gesetzesbegründung, wonach Art. 29 EGBGB vor Art. 29a EGBGB zu prüfen ist.⁵⁵⁶ Nach einer Mindermeinung ist hingegen Art. 29a EGBGB die speziellere Norm und mithin gegenüber Art. 29 EGBGB vorrangig.⁵⁵⁷ Diese Diskussion ist auch für die praktische Anwendung der beiden Vorschriften auf Internet-Verträge von Relevanz, so dass eine Stellungnahme erforderlich ist.

b) Stellungnahme

Auf der einen Seite ist insoweit zu bedenken, dass das EVÜ selbst dem Gemeinschaftsrecht den Vorrang einräumt: Gem. Art. 20 EVÜ berührt das EVÜ nicht die Anwendung der Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse auf besonderen Gebieten, die in Rechtsakten der Organe der EG oder in dem in Ausführung dieser Akte harmonisierten innerstaatlichen Recht enthalten sind. Diese Vorschrift ist mit Art. 3 Abs. 2 Satz 2 EGBGB auch in das deutsche Kollisionsrecht übernommen worden.⁵⁵⁸ Mithin gebührt dem europäischen Richtlinienrecht und auch seinem speziellen Kollisionsrecht grundsätzlich der Vorrang gegenüber den Kollisionsnormen des EVÜ.⁵⁵⁹ Vor diesem Hintergrund ist auch Art. 29a EGBGB, der die deutsche innerstaatliche Umsetzung des Kollisionsrechts der vier in Art. 29a Abs. 4 genann-

⁵⁵⁵ *Freitag/Leible*, EWS 2000, 342 (346); *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 7; *Martiny*, ZEuP 2001, 308 (322); *Staudinger*, RIW 2000, 416 (419); *Tonner*, BB 2000, 1413 (1419).

⁵⁵⁶ Vgl. BR-Drucks. 25/00, S. 136; ebenso bereits die Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks, 14/2658, S. 50.

⁵⁵⁷ *Staudinger-Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 26; *Thorn*, IPRax 2002, 349 (358).

⁵⁵⁸ Umstritten ist, ob Art. 3 Abs. 2 Satz 2 EGBGB sich nur auf unmittelbar geltendes EG-Recht (so *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 3 EGBGB Rn. 10; *MK-BGB-Sonnenberger*, Art. 3 EGBGB Rn. 16) oder auch auf das umzusetzende Richtlinienrecht (so *Staudinger-Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 23) bezieht. Für letzteres spricht die Begründung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 EGBGB. Sie macht deutlich, dass mit dieser Vorschrift auch die Regelung des Art. 20 EVÜ in das deutsche Recht übernommen werden sollte; vgl. BT-Drucks. 10/504, S. 36.

⁵⁵⁹ Vgl. den Bericht *Giuliano/Lagarde*, BT-Drucks. 10/503, S. 71; *Czernich/Heiss-Helmsberg*, Art. 20 Rn. 10; *Kropholler*, IPR, § 52 V 6; *Martiny*, ZEuP 1999, 246 (249).

ten EG-Richtlinien darstellt, seinem Ursprung nach die vorrangige Norm gegenüber Art. 29 EGBGB, welcher der Umsetzung des Art. 5 EVÜ dient.

Auf der anderen Seite gilt es aber zu berücksichtigen, dass Art. 29a EGBGB eine gültige Rechtswahl zugunsten eines Drittstaatenrechts voraussetzt. Das Vorliegen einer gültigen Rechtswahl muss also zunächst anhand des Art. 27 EGBGB ermittelt werden, so dass bei der Prüfung des anwendbaren Rechts letztlich doch eine Vorschrift des EVÜ, nämlich Art. 3 EVÜ, auf dem Art. 27 EGBGB beruht, den Prüfungsvorrang vor dem Richtlinien-Kollisionsrecht in Gestalt von Art. 29a EGBGB genießt. Das in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 EGBGB bzw. in Art. 20 EVÜ genannte Prinzip vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts wird somit in Bezug auf Art. 29a EGBGB durchbrochen. Somit drängt sich die Frage auf, ob der Prüfungsvorrang der Normen aus dem EVÜ in Fällen, die eine Rechtswahl bei Verbraucherverträgen zum Gegenstand haben, dann nicht auch für Art. 29 Abs. 1 EGBGB gelten müsste. Dies hätte die Folge, dass in all jenen Konstellationen, in denen die Parteien eine Rechtswahl treffen, vorrangig Art. 29 EGBGB zur Anwendung gelangen würde.

Zur Entscheidung dieser Frage sind der Zweck und die Rechtsfolge des Art. 29a EGBGB in Beziehung zu setzen. Art. 29a EGBGB verfolgt den Zweck sicherzustellen, dass einem Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem EG- bzw. EWR-Staat durch die Wahl eines Drittstaatenrechts nicht der Schutz durch das vereinheitlichte europäische Verbraucherrecht entzogen wird.⁵⁶⁰ Die Rechtsfolge des Art. 29a EGBGB ist dabei in zweierlei Hinsicht enger als diejenige des Art. 29 EGBGB: Zum einen schreibt Art. 29a EGBGB zwingend die Anwendung des harmonisierten europäischen Verbraucherschutzrechts vor, wohingegen Art. 29 EGBGB die Geltung der Verbraucherschutzregeln des Heimatrechts nur dann anordnet, wenn es für den Verbraucher auch tatsächlich die günstigeren Regeln enthält. Zum anderen beschränkt sich Art. 29a EGBGB für die Anknüpfung des Verbraucherrechts auf die Bestimmungen zur Umsetzung von vier EG-Richtlinien, während Art. 29 EGBGB sämtliche intern zwingenden Verbraucherschutzvorschriften des Heimatrechts erfasst.

Durch die Rechtsfolge des Art. 29a EGBGB kommen dem Verbraucher also bloß einzelne harmonisierte Verbraucherschutzvorschriften zugute, hingegen werden ihm etwaige günstigere Vorschriften des gewählten Drittstaatenrechts entzogen. Art. 29 EGBGB weist somit letztlich für den Verbraucherschutz eine umfassendere und günstigere Rechtsfolge auf als Art. 29a EGBGB. Art. 29a EGBGB hat demgegenüber lediglich eine Ergänzungsfunktion⁵⁶¹: Er soll die Anwendung einzelner verbraucherschützender Vorschriften unter Zugrundelegung des

⁵⁶⁰ Staudinger-Magnus, Art. 29a EGBGB Rn. 1.

⁵⁶¹ Ebenso Freitag/Leible, EWS 2000, 342 (346).

Regelbeispiels in Art. 29a Abs. 2 EGBGB nur in solchen Fällen sicherstellen, in denen die strengeren Abschlussmodalitäten des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1-3 EGBGB nicht gegeben sind. Dieses Ergebnis entspricht auch der Aussage in der Gesetzesbegründung, wonach Art. 29 EGBGB vor Art. 29a EGBGB zu prüfen ist.

Nach alledem vermag nur die herrschende Ansicht zu überzeugen, der zufolge Art. 29 EGBGB die speziellere Vorschrift darstellt. Art. 29 EGBGB gebührt richtigerweise der Vorrang.

c) Anwendungsbereich des Art. 29a EGBGB im Hinblick auf Verträge im Internet

Es bleibt zu klären, welchen eigenen Anwendungsbereich Art. 29a EGBGB im Hinblick auf elektronische Verträge dann überhaupt hat. Bei den hier in Rede stehenden Kaufverträgen im Internet ist die Anwendbarkeit des Art. 29a EGBGB vor dem Hintergrund sehr zweifelhaft, dass Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB in der vorliegenden Arbeit teleologisch reduziert wurde: Auf die Voraussetzung, dass der Verbraucher seine für den Vertragsschluss erforderliche Rechtshandlung in seinem Wohnsitzstaat vornimmt, wird verzichtet. Damit wird ein wesentlicher Unterschied in den Anwendungsvoraussetzungen des Art. 29 Abs. 1 EGBGB einerseits und des Art. 29a EGBGB andererseits nivelliert. Elektronisch abgeschlossene Kaufverträge werden daher angesichts der teleologischen Reduktion des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB regelmäßig bereits von Art. 29 EGBGB erfasst.

Art. 29a EGBGB wird allerdings dann zur Anwendung berufen, wenn der Vertragstyp nicht den Anforderungen des Art. 29 Abs. 1 EGBGB entspricht, wenn es sich also weder um einen Vertrag zur Lieferung beweglicher Sachen noch um einen Vertrag zur Erbringung einer Dienstleistung noch um einen Vertrag zur Finanzierung eines solchen Geschäfts handelt. Dabei ist jedoch das weite Verständnis der Erbringung einer Dienstleistung iSd. Art. 29 Abs. 1 EGBGB zu berücksichtigen, wonach auch Werkverträge und Geschäftsbesorgungsverträge den Verträgen zur Erbringung einer Dienstleistung zuzurechnen sind.⁵⁶² Der Anwendungsbereich des Art. 29a EGBGB ist demnach gering; zu denken ist etwa an Überlassungsverträge wie Miete und Leasing sowie an Timesharing-Verträge. Sie sind nicht vom Anwendungsbereich des Art. 29 EGBGB erfasst.⁵⁶³

Wird also die Anwendung des Art. 29 EGBGB auf elektronische Verträge anhand einer teleologischen Reduktion jener Voraussetzungen, die an die Abschlussmodalitäten gestellt

⁵⁶² Staudinger-Magnus, Art. 29 EGBGB Rn. 52; MK-BGB-Martiny, Art. 29 EGBGB Rn. 11.

⁵⁶³ Staudinger-Magnus, Art. 29 EGBGB Rn. 50, 52; MK-BGB-Martiny, Art. 29 EGBGB Rn. 11a.

werden, deutlich erweitert, wie in der vorliegenden Arbeit geschehen, verbleibt für Art. 29a EGBGB aufgrund des Vorrangs von Art. 29 Abs. 1 EGBGB nur ein sehr begrenzter Anwendungsbereich. Lehnt man demgegenüber eine teleologische Reduktion des Art. 29 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB bei Internet-Verträgen ab, so kann Art. 29a EGBGB auch auf elektronisch abgeschlossene Kaufverträge oder Verträge zur Erbringung einer Dienstleistung Anwendung finden. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Anwendung des Art. 29 EGBGB ausschließlich daran scheitert, dass der Verbraucher seine für den Vertragsschluss erforderliche elektronische Willenserklärung nicht in seinem Aufenthaltsstaat abgegeben hat. Dann ist nämlich die Voraussetzung des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB nicht erfüllt, anders als das Regelbeispiel des Art. 29a Abs. 2 EGBGB, welches auf diese Einschränkung schon seinem Wortlaut zufolge verzichtet.

6. Ergebnis

Ein zentrales Problem der Anwendung von Art. 29a EGBGB auf Verträge im Internet besteht in der Frage, ob bei Verwendung einer kommerziellen Webseite die Voraussetzungen des Regelbeispiels gem. Art. 29a Abs. 2 EGBGB erfüllt sind. Entscheidend ist insoweit die Auslegung der Voraussetzung des Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB, wonach die geschäftliche Tätigkeit in einem EU- bzw. EWR-Staat „entfaltet“ werden muss. Insoweit ist festzuhalten, dass aufgrund der weltweiten Abrufbarkeit der Webseite grundsätzlich eine weltweite Entfaltung der geschäftlichen Tätigkeit vorliegt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass ein ausdrücklicher Hinweis auf der Webseite, wonach deren Geltung in den EU- bzw. EWR-Staaten ausgeschlossen ist, eine „Entfaltung“ iSd. Vorschrift in den betreffenden Staaten verhindert. In Bezug auf Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB ist mit der herrschenden Meinung festzustellen, dass diese Norm nicht voraussetzt, dass der Vertragspartner seine für den Vertragsschluss erforderliche Willenserklärung in seinem Aufenthaltsstaat abgegeben hat. Die Anwendung des Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB auf einen elektronischen Vertragsabschluss wirft insofern keine Lokalisierungsprobleme auf.

Ein weiteres Rechtsanwendungsproblem resultiert jedoch aus dem Umstand, dass Art. 29a EGBGB erst vor kurzem in das EGBGB eingefügt wurde und seinen Ursprung im europäischen Richtlinienkollisionsrecht hat. Dies wirft Rechtsanwendungsfragen hinsichtlich des Verhältnisses von Art. 29a EGBGB zu Art. 29 EGBGB auf. Insoweit ist von einem Vorrang des Art. 29 EGBGB gegenüber Art. 29a EGBGB auszugehen. Das hat zur Folge, dass zumindest unter Zugrundelegung der in der vorliegenden Arbeit befürworteten teleologischen Re-

duktion des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB der verbleibende Anwendungsbereich des Art. 29a EGBGB auf Internet-Verträge nur sehr begrenzt ist.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass Art. 29a EGBGB in seiner Rechtsfolge keinen Günstigkeitsvergleich zwischen den durch Art. 29a Abs. 1 EGBGB berufenen Verbraucherschutzvorschriften und dem von den Parteien gewählten Recht vorsieht. Dies steht im Widerspruch zu den Vorgaben der vier in Art. 29a Abs. 4 EGBGB genannten Richtlinien. Insofern bleibt abzuwarten, ob der EuGH die Norm womöglich in einem Vorabentscheidungsverfahren als gemeinschaftswidrig einstufen wird.

VI. Geltung der international zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts gem.

Art. 34 EGBGB

Neben der Anknüpfung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts anhand der Artt. 27-29a EGBGB kommt ferner eine Sonderanknüpfung gem. Art. 34 EGBGB in Betracht. Art. 34 EGBGB besagt, dass Artt. 27 ff. EGBGB nicht die Anwendung derjenigen Bestimmungen des deutschen Rechts berühren, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, greift diese Vorschrift dann ein, wenn das Kollisionsrecht der Artt. 27 ff. EGBGB zu dem Ergebnis geführt hat, dass ein fremdes Recht auf den Vertrag anzuwenden ist.⁵⁶⁴ Gem. Art. 34 EGBGB kommen dann trotzdem die international zwingenden Bestimmungen des deutschen Rechts zur Anwendung, die sogenannten Eingriffsnormen.⁵⁶⁵ Zwingende Bestimmungen sind im Allgemeinen solche Normen, die der Parteidisposition entzogen sind.⁵⁶⁶ Sie zählen aber nur dann auch zu den *international* zwingenden Bestimmungen iSd. Art. 34 EGBGB, wenn sie aufgrund ihres Zwecks eine unbedingte Anwendung in grenzüberschreitenden Fällen entgegen dem Vertragsstatut erfordern.⁵⁶⁷ Dies wird etwa bejaht für Vorschriften des besonderen Vertragsrechts wie Bodenverkehrsvorschriften im Grundstücksvertragsrecht, Mieterschutzbestimmungen im Wohnraummietrecht oder einzelne Normen im Bereich der Bank- und Börsengeschäfte.⁵⁶⁸ Diese Vorschriften spielen für den vorliegenden Kontext jedoch offensichtlich keine Rolle. Im Folgenden ist daher zu überlegen, ob andere Normen des deut-

⁵⁶⁴ Vgl. Abschnitt C II 3a im 2. Teil dieser Arbeit.

⁵⁶⁵ *Borges*, ZIP 1999, 565 (571); Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 34 EGBGB Rn. 3; *Lorenz*, RIW 1987, 569 (578); *MK-BGB-Martiny*, Art. 34 EGBGB Rn. 3, 6. Zur Definition der Eingriffsnorm ausführlich *Zeppenfeld*, S. 22-29.

⁵⁶⁶ Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 10/504, S. 83; *Staudinger-Magnus*, Art. 34 EGBGB Rn. 49.

⁵⁶⁷ *Borges*, ZIP 1999, 565 (571); *Staudinger-Magnus*, Art. 34 EGBGB Rn. 51; *MK-BGB-Martiny*, Art. 34 EGBGB Rn. 8.

⁵⁶⁸ Vgl. etwa *Staudinger-Magnus*, Art. 34 EGBGB Rn. 86, 88, 101-103.

schen Rechts typischerweise auch bei Verträgen im Internet über die Sonderanknüpfung des Art. 34 EGBGB zur Anwendung gelangen könnten.

1. Verbraucherschützende Normen

Zu denken ist insoweit an die verbraucherschützenden Normen des deutschen Rechts. In Bezug auf Vertragsabschlüsse im Internet kommen insbesondere die verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 305 ff. BGB, §§ 312b ff. BGB oder auch der §§ 501 ff. BGB⁵⁶⁹ in Betracht.

Fraglich ist jedoch, ob verbraucherschützende Vorschriften als international zwingende Bestimmungen gem. Art. 34 EGBGB anzusehen sind. Zwar wird im Bericht *Giuliano/Lagarde* zu Art. 7 Abs. 2 EVÜ der Verbraucherschutz als Beispiel für international zwingende Normen ausdrücklich genannt.⁵⁷⁰ Dennoch herrscht eine kontroverse Diskussion über die Einstufung von Verbraucherschutznormen als Eingriffsnormen iSd. Art. 34 EGBGB. Sie beruht darauf, dass in der deutschen Rechtsprechung und Literatur eine grundlegende Meinungsverschiedenheit darüber besteht, welche Anforderungen überhaupt an eine international zwingende Bestimmung iSd. Art. 34 EGBGB zu stellen sind. Nach einer restriktiven Auffassung, die auch vom BAG vertreten wird, ist eine Bestimmung nur dann international zwingend, wenn sie überindividuellen Interessen dient und nicht allein das Verhältnis der Parteien selbst betrifft.⁵⁷¹ Nach dieser Ansicht ist das Verbraucherschutzrecht folglich vom Anwendungsbereich des Art. 34 EGBGB ausgenommen.⁵⁷² Einer anderen Auffassung zufolge sind hingegen auch individualschützende Vorschriften zum Ausgleich typischer Ungleichgewichtslagen, d.h. das sogenannte Sonderprivatrecht, als international zwingende Bestimmungen anzusehen.⁵⁷³ Dieser Ansatz zählt insbesondere auch das Verbraucherschutzrecht zu den Eingriffsnormen des Art. 34 EGBGB.⁵⁷⁴

Gerade im Hinblick auf verbraucherschützende Regelungen erscheint diese Einschätzung jedoch deswegen problematisch, weil die Anwendung nationalen Verbraucherschutzrechts auf einen Vertrag bereits durch zwei verbraucherschützende Kollisionsnormen geregelt wird,

⁵⁶⁹ Vgl. zu deren Anwendbarkeit auf Internet-Verträge Abschnitt C IV 3c im 2. Teil dieser Arbeit.

⁵⁷⁰ BT-Drucks. 10/503, S. 60.

⁵⁷¹ BAGE 63, 17 (31f.); 71, 297 (316); BAG IPRax 1991, 407 (411); IPRax 1994, 123 (128); IPRax 1996, 416 (419); OLG Hamm, NJW-RR 1989, 486 (487); *Kropholler*, IPR, § 52 IX 1; *MK-BGB-Martiny*, Art. 34 EGBGB Rn. 12.

⁵⁷² *MK-BGB-Martiny*, Art. 34 EGBGB Rn. 13a.

⁵⁷³ *Fischer*, FS Großfeld (1998), S. 279 (287); *ders.*, JZ 1994, 367 (370); *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 34 EGBGB Rn. 9; *ders.*, IPRax 1989, 261 (266); *Erman-Hohloch*, Art. 34 EGBGB Rn. 12. Ausdrücklich offengelassen vom BGH in den „Gran-Canaria-Fällen“: BGHZ 123, 380 (391); 135, 124 (135f.).

⁵⁷⁴ OLG Celle, WM 1991, 110 (111f.); DZWIR 1996, 299 (300f.); *Soergel-v.Hoffmann*, Art. 34 EGBGB Rn. 54.

nämlich durch Art. 29 EGBGB und Art. 29a EGBGB. Näherer Erörterung bei der Frage, ob das deutsche Verbraucherrecht international zwingendes Recht darstellt, bedarf insofern das Verhältnis zwischen Art. 34 EGBGB einerseits und den Artt. 29, 29a EGBGB andererseits. Zu klären ist, ob in einem Fall, in dem diese beiden Normen nicht zur Anwendung deutschen Verbraucherschutzrechts auf den Vertrag führen, dennoch jenes deutsche Recht über Art. 34 EGBGB zur Anwendung berufen sein kann.

a) Verhältnis von Art. 34 EGBGB zu Artt. 29, 29a EGBGB

Das Rangverhältnis zwischen Art. 29 EGBGB und Art. 34 EGBGB wird in der Rechtsprechung⁵⁷⁵ ebenso wie in der Literatur⁵⁷⁶ kontrovers diskutiert. Auch das Verhältnis zwischen Art. 29a EGBGB und Art. 34 EGBGB ist bislang ungeklärt.⁵⁷⁷ Eine Auseinandersetzung mit diesem Problem unter Berücksichtigung der kollisionsrechtlichen Vorgaben der Artt. 29, 29a EGBGB erscheint folglich geboten.

Sowohl Art. 29 EGBGB als auch Art. 29a EGBGB stellen eine spezielle Regelung für die Anknüpfung von Verbraucherschutzrecht auf den Vertrag dar. Sie enthalten für diese Anknüpfung jeweils strenge Voraussetzungen. Keine der beiden Kollisionsnormen schreibt hingegen vor, dass deutsche Verbraucherschutzvorschriften uneingeschränkte Geltung gegenüber dem eigentlichen Vertragsstatut erfordern. So gelangt etwa im Rahmen des Art. 29 Abs. 1 EGBGB bei Vorliegen einer Rechtswahl das heimatliche Verbraucherrecht nur dann zur Anwendung, wenn zum einen die Abschlussmodalitäten des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1-3 EGBGB erfüllt sind und wenn zum anderen das heimatliche Verbraucherrecht einem Günstigkeitsvergleich mit dem gewählten Recht standhält. Art. 29a EGBGB wiederum legt zwar fest, dass jenes nationale Verbraucherschutzrecht, das der Umsetzung der vier in Art. 29a Abs. 4 EGBGB genannten Richtlinien dient, ohne Günstigkeitsvergleich zur Anwendung kommen soll. Jedoch wird diese Rechtsfolge an das Vorliegen eines engen Bezuges des Vertrages zum EU- bzw. EWR-Gebiet geknüpft. Dabei besagt Art. 29a EGBGB keineswegs, dass gerade deutsches Recht zur Anwendung gelangen soll; vielmehr kann auch das Recht eines anderen

⁵⁷⁵ BGHZ 123, 380 (390f.); 135, 124 (135f.); OLG Celle, WM 1991, 110 (111f.); OLG Hamm, NJW-RR 1989, 486 (487).

⁵⁷⁶ *V.Bar/Mankowski*, IPR Bd. 1, § 4 Rn. 89, 91; *Ebke*, IPRax 1998, 263 (269); *Felke*, RIW 2001, 30 ff.; *Fischer*, FS Großfeld (1999), S. 277 (287 ff.); *v.Hoffmann*, IPRax 1989, 261 (266); Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 34 EGBGB Rn. 3; *Junker*, IPRax 1998, 65 (70-72); *Loock-Wagner*, S. 46f.; *Lorenz*, IPRax 1994, 429 (431); *Sonnenberger*, FS Fikentscher (1998), S. 283 (287 ff.); *Staudinger-Magnus*, Art. 34 EGBGB Rn. 29-39; *Mankowski*, DZWir 1996, 273 (275 ff.); *Pfeiffer*, NJW 1997, 1207 (1209); *Rauscher*, EuZW 1996, 650 (652f.).

⁵⁷⁷ Vgl. dazu aber die Aussagen bei Palandt-*Heldrich*, 64. Aufl., Art. 29a EGBGB Rn. 7; *Staudinger-Magnus*, Art. 29a EGBGB Rn. 27.

EG- oder EWR-Staates anwendbar sein. Darüber hinaus ist Art. 29a EGBGB nur im Falle einer Rechtswahl einschlägig, während er auf das im Wege objektiver Anknüpfung ermittelte Vertragsstatut keinerlei Auswirkungen hat.

Weder Art. 29 EGBGB noch Art. 29a EGBGB sieht also vor, dass deutsche Verbraucherschutzvorschriften uneingeschränkte Geltung gegenüber dem eigentlichen Vertragsstatut erlangen sollen. Mithin ist nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers offenbar keine unbedingte Anwendung des deutschen Verbraucherschutzrechts erwünscht. Die Anknüpfung von verbraucherschützenden Vorschriften soll vielmehr nur dann erfolgen, wenn die besonderen Voraussetzungen des Art. 29 EGBGB oder des Art. 29a EGBGB vorliegen. Dies stellt ein gewichtiges Indiz dagegen dar, sie als international zwingende Bestimmungen iSd. Art. 34 EGBGB einzustufen.

b) Gefahr der Umgehung der Artt. 29, 29a EGBGB

Darüber hinaus ist eine Einordnung des Verbraucherrechts als international zwingendes Recht iSd. Art. 34 EGBGB aus einem anderen Grund abzulehnen. Auf diese Weise könnten sich deutsche Gerichte die Möglichkeit verschaffen, ein als ungerecht empfundenes Ergebnis bei der Anknüpfung des Verbraucherrechts anhand der Artt. 29, 29a EGBGB doch noch über Art. 34 EGBGB zu korrigieren, indem sie gem. Art. 34 EGBGB das deutsche Verbraucherrecht zur Anwendung bringen.⁵⁷⁸ Damit werden die besonderen Anforderungen der Artt. 29, 29a EGBGB aber letztlich umgangen. Es ist nicht der Zweck des Art. 34 EGBGB, spezielle Lücken im Verbraucherschutz zu schließen, die Art. 29 EGBGB und Art. 29a EGBGB bei bestimmten Sachverhalten aufweisen können. Ganz im Gegenteil: Nach dem Willen des Gesetzgebers diene vielmehr gerade die Einführung des Art. 29a EGBGB, der im Kollisionsrecht eine ergänzende Funktion bei der Gewährleistung des Verbraucherschutzes innehat, zur Schließung entsprechender Lücken. Unter rechtspolitischen Aspekten ist ferner anzumerken, dass es zu großer Rechtsunsicherheit führen würde, wenn jeder Vertragsstaat des EVÜ sein nationales Verbraucherschutzrecht unter Berufung auf Art. 7 Abs. 2 EVÜ auch dann für anwendbar erklären könnte, wenn die Anwendung der Sonderanknüpfung für Verbraucherrecht anhand des Art. 5 EVÜ oder anhand des EG-Richtlinienkollisionsrechts gerade nicht zu diesem Ergebnis geführt hat.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ Vgl. zu diesem Ansatz in der Rechtsprechung die „Gran Canaria“-Entscheidung und die „Isle of Man“-Entscheidung des BGH: BGHZ 123, 380 (390f.); 135, 124 (135).

⁵⁷⁹ Zu einem ähnlichen Schluss kommt *Junker*, IPRax 2000, 65 (69).

2. Ergebnis

Nach alledem ist die Einordnung des deutschen Verbraucherrechts als international zwingendes Recht iSd. Art. 34 EGBGB abzulehnen. Selbst wenn also ein Vertragsabschluss im Internet aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles weder von der Sonderanknüpfung des Art. 29 EGBGB noch von jener des Art. 29a EGBGB erfasst sein sollte – etwa weil eine kommerzielle Webseite nicht gezielt auf Deutschland ausgerichtet ist und sich dort die geschäftliche Tätigkeit des Warenanbieters auch nicht entfaltet hat – und der Verbraucher daher lediglich dem Schutz durch ein möglicherweise ungünstiges Drittstaatenrecht unterworfen ist, kann ihm nach der hier vertretenen Auffassung kein Schutz über Art. 34 EGBGB durch deutsches Verbraucherrecht zuteil werden. Das deutsche Verbraucherschutzrecht kann nicht über die Sonderanknüpfung des Art. 34 EGBGB auf Verträge im Internet Anwendung finden.

Denkbar ist allenfalls, dass in krassen Fällen der Unvereinbarkeit mit deutschem Recht eine gerechte Lösung über den *Ordre public* gem. Art. 6 Satz 1 EGBGB herbeigeführt wird.⁵⁸⁰ Nach dieser Vorschrift ist eine Rechtsnorm eines ausländischen Rechts nicht anzuwenden, sofern ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Art. 6 Satz 1 EGBGB greift allerdings seinerseits nur dann ein, wenn der Sachverhalt einen hinreichenden Inlandsbezug aufweist.⁵⁸¹ Wenn dieser besteht, wird allerdings regelmäßig auch schon der Anwendungsbereich des Art. 29 EGBGB oder zumindest der weiter gefasste Anwendungsbereich des Art. 29a EGBGB eröffnet sein, so dass es auf Art. 6 Satz 1 EGBGB letztlich ebenfalls nicht ankommt.

VII. Formfragen

Der Vollständigkeit halber soll auch die Anknüpfung von Formvorschriften Gegenstand einer kurzen Darstellung sein, bei der die Besonderheiten der Rechtsanwendung im Zusammenhang mit Vertragsabschlüssen im Internet aufgezeigt werden. Gerade die Einhaltung von Formvorschriften, etwa der klassischen Schriftform, stellt bei elektronischen Vertragsabschlüssen ein besonderes Problem dar. Vielfach ist sie nicht möglich. Aus diesem Grund existieren in manchen Rechtsordnungen besondere Formvorschriften, deren Einhaltung auch bei einem Vertragsabschluss via Internet möglich ist. So hat etwa der deutsche Gesetzgeber als neue Formvorschriften die Textform gem. § 126a BGB und die elektronische Form gem. §

⁵⁸⁰ *Junker*, IPRax 1998, 65 (70), dort Fn. 69; *Pfeiffer*, NJW 1999, 3674 (3684). Kritisch allerdings *Mankowski*, RIW 1993, 453 (462).

⁵⁸¹ *Palandt-Heldrich*, 64. Aufl., Art. 6 EGBGB Rn. 6; *Junker*, IPR, Rn. 279; *Kegel/Schurig*, S. 527; *Staudinger*, RIW 2000, 416 (420).

126b BGB erlassen, um den Besonderheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs Rechnung zu tragen. Seitdem kann etwa auch ein Teilzahlungsgeschäft im Fernabsatz formgültig abgeschlossen werden, da § 502 Abs. 2 BGB die Textform bei Abschluss eines solchen Teilzahlungsgeschäfts ausreichen lässt.⁵⁸² Für die Parteien eines Vertragsabschlusses im Internet ist es insofern durchaus von Belang, welche nationalen Formvorschriften auf ihren Vertrag Anwendung finden und welche Anforderungen diese an den elektronischen Geschäftsverkehr stellen.

1. Anknüpfung gem. Art. 11 Abs. 1 EGBGB

Grundsätzlich gilt für die Anknüpfung von Formvorschriften nach deutschem Kollisionsrecht Art. 11 EGBGB. Gem. Art. 11 Abs. 1 EGBGB muss ein Rechtsgeschäft entweder den Formerfordernissen desjenigen Rechts genügen, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, oder es muss die Formerfordernisse des Rechts jenes Staates erfüllen, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird.

Im Hinblick auf Internet-Verträge könnte man insoweit vertreten, dass dieser Ort, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, gleichsam der Cyberspace ist. Die Folge wäre, dass Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB auf Internet-Verträge keine Anwendung finden könnte, da dem Cyberspace keine nationale Rechtsordnung als anwendbares Recht zugeordnet werden kann. Diese Betrachtungsweise, die in räumlicher Hinsicht eine Loslösung der Internet-Sachverhalte von der realen Welt und deren Ansiedlung im virtuellen Bereich befürwortet, wird jedoch den tatsächlichen Umständen nicht gerecht. Es steht außer Frage, dass auch bei einem Vertragsabschluss via Internet jede Partei einen Aufenthaltsort bzw. Sitz in der realen Welt hat, von dem aus sie über den heimischen Computer die Verbindung zum Internet herstellen kann. Auf den Cyberspace als Ort der Vornahme des Geschäfts iSd. Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB kann es insofern keinesfalls ankommen.

2. Anknüpfung gem. Art. 11 Abs. 2 EGBGB bei Distanzgeschäften

Für die hier in Rede stehenden grenzüberschreitenden Verträge, die via Internet abgeschlossen werden, besteht jedoch die Besonderheit, dass sich die Vertragsparteien beim Abschluss des Vertrages in verschiedenen Staaten befinden, so dass kein einzelner Staat bestimmt werden kann, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Hier hilft Art. 11 Abs. 2 EGBGB weiter: Wird ein Vertrag zwischen Personen geschlossen, die sich in verschiedenen

⁵⁸² Vgl. Palandt-*Putzo*, 64. Aufl., § 502 BGB Rn. 12.

Staaten befinden, so ist er auch dann formgültig, wenn er den Formvorschriften des Rechts eines dieser Staaten genügt, in denen sich die Parteien befinden.

Eine Ermittlung des auf Formfragen anwendbaren Rechts ist demnach bei elektronischen Verträgen anhand des Art. 11 Abs. 2 EGBGB vorzunehmen. Im Hinblick auf Kaufverträge, die den Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung bilden, ist aber anzumerken, dass regelmäßig keine Formvorschriften existieren, die bei Abschluss des Vertrages zu beachten wären. Dieser kann in den meisten Rechtsordnungen formfrei erfolgen. Etwas anderes mag dann gelten, wenn es sich um einen Verbrauchervertrag handelt und die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts aus diesem Grund strengeren Voraussetzungen unterworfen ist. In solchen Fällen können Formvorschriften zu beachten sein. Als Beispiele aus dem deutschen Recht seien etwa §492 Abs. 1 Satz 1 BGB für Verbraucherdarlehensverträge oder §§ 499 ff. BGB für entgeltliche Finanzierungshilfen genannt. Die Anknüpfung von Formvorschriften bei Verbraucherverträgen untersteht aber ohnehin einer Sonderregelung, die es im Folgenden zu erläutern gilt.

3. Sonderregelung für Verbraucherverträge gem. Art. 29 Abs. 3 EGBGB

Für Verbraucherverträge werden die anzuwendenden Formvorschriften anhand des Art. 29 Abs. 3 EGBGB ermittelt. Gem. Art. 29 Abs. 3 EGBGB unterliegen Formfragen dem Recht desjenigen Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; Art. 11 Abs. 1 bis 3 EGBGB ist demgegenüber nicht anwendbar. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Anwendungsbereich der Norm überhaupt eröffnet ist, d.h. wenn ein Verbrauchervertrag iSd. Art. 29 Abs. 1 EGBGB vorliegt und auch eine der dort genannten Abschlussmodalitäten gegeben ist.⁵⁸³ Bei Art. 29 Abs. 3 EGBGB handelt es sich dem eindeutigen Wortlaut zufolge um eine starre Anknüpfung, die unabhängig davon erfolgt, ob die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben oder nicht.⁵⁸⁴ Auch im Falle einer Rechtswahl findet daher kein Günstigkeitsvergleich des nach Art. 29 Abs. 3 EGBGB berufenen Rechts mit dem gewählten Recht statt.⁵⁸⁵

Die Wirksamkeit einer Rechtswahl selbst ist gem. Art. 27 Abs. 4 EGBGB ebenfalls an den Formvorschriften zu messen, die über Art. 29 Abs. 3 EGBGB zur Anwendung gelangen. Nach deutschem Recht ist eine Rechtswahl aber grundsätzlich formfrei.⁵⁸⁶

⁵⁸³ Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 29 EGBGB Rn. 8.

⁵⁸⁴ Palandt-Heldrich, 64. Aufl., Art. 29 EGBGB Rn. 8; MK-BGB-Martiny, Art. 29 EGBGB Rn. 50.

⁵⁸⁵ Zur Kritik Dicey/Morris, Rn. 33-022; Staudinger-Magnus, Art. 29 EGBGB Rn. 116.

⁵⁸⁶ BGH WM 1997, 1713 (1715); v.Bar, IPR Bd. 2, Rn. 478; Erman-Hohloch, Art. 27 EGBGB Rn. 29; Staudinger-Magnus, Art. 27 EGBGB Rn. 148; MK-BGB-Martiny, Art. 27 EGBGB Rn. 88.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass Art. 29a EGBGB keine Regelung für die Anknüpfung von Formvorschriften enthält, obwohl auch diese Kollisionsnorm Verbraucherverträge zum Gegenstand hat. Hinsichtlich der von Art. 29a EGBGB erfassten Verbraucherverträge bleibt es demnach bei den allgemeinen Anknüpfungsregeln gem. Art. 11 EGBGB. Dieses Ergebnis verwundert, da gerade die vier in Art. 29a Abs. 4 EGBGB genannten Richtlinien Formvorschriften enthalten, die dem besonderen Schutz des Verbrauchers dienen. Nichtsdestotrotz hat der deutsche Gesetzgeber eine dem Art. 29 Abs. 3 EGBGB entsprechende Regelung in Art. 29a EGBGB aber nicht vorgesehen.

4. Ergebnis

Die Anknüpfung von Formvorschriften an einen Vertrag, der im Internet abgeschlossen wird, richtet sich grundsätzlich nach Art. 11 Abs. 2 EGBGB, da ein Distanzgeschäft vorliegt. Bei Anwendung dieser Vorschrift ergeben sich aber keine Besonderheiten aufgrund der Tatsache, dass der Vertrag auf elektronischem Wege zustande gekommen ist: Zur Anwendung gelangen die Formvorschriften entweder jenes Rechts, das auf den Vertrag anzuwenden ist, oder aber einer der beiden Rechtsordnungen, die jeweils in den Aufenthaltstaaten der Parteien gelten.

Eine Sonderanknüpfung erfolgt allerdings gem. Art. 29 Abs. 3 EGBGB dann, wenn es sich um einen Verbrauchervertrag iSd. Art. 29 Abs. 1 EGBGB handelt. Dann werden die Formvorschriften des Staates zur Anwendung berufen, die im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers gelten.

VIII. Zusammenfassung

Die Darstellung des deutschen Kollisionsrechts zeigt, dass der Abschluss eines Vertrages auf elektronischem Wege zahlreiche Probleme bei der Anwendung der Artt. 27 ff. EGBGB mit sich bringt. Diese beruhen im Wesentlichen auf der fehlenden Lokalisierbarkeit der Parteien im Zeitpunkt eines elektronischen Vertragsabschlusses sowie auf der Beliebigkeit des Ortes, an dem eine elektronische Willenserklärung abgegeben werden kann. Letzterem kann allerdings mit einer teleologischen Reduktion begegnet werden.

Die neu in das deutsche Kollisionsrecht eingefügte Vorschrift des Art. 29a EGBGB trägt teilweise zur Beseitigung der Rechtsanwendungsprobleme bei Verträgen im Internet bei: Sie bringt keine Lokalisierungsprobleme mit sich. Andererseits kann die Voraussetzung der „Entfaltung“ einer geschäftlichen Tätigkeit in Anbetracht der weltweiten Abrufbarkeit einer Web-

seite zu einer besonders ausgedehnten Anwendung der Vorschrift führen. Nach der hier vertretenen Auffassung wird der Anwendungsbereich der Norm aber durch den Vorrang von Art. 29 EGBGB beschränkt. Außerdem bleibt abzuwarten, ob Art. 29a EGBGB nicht möglicherweise vom EuGH für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt werden wird.

Im Hinblick auf mögliche Rechtsanwendungsprobleme des deutschen Rechts hat eine exemplarische Prüfung der Wirksamkeit einer ausdrücklichen Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 EGBGB zugunsten des deutschen Rechts Klarheit darüber geschaffen, dass sich die allgemeinen Vorschriften des deutschen Rechts über Willenserklärungen und über das Zustandekommen von Verträgen auch auf elektronische Vertragsabschlüsse anwenden lassen.

D. Bedeutung des Herkunftslandprinzips gem. § 4 TDG für die Bestimmung des anwendbaren Rechts

Als Letztes gilt es zu klären, ob und inwieweit das Herkunftslandprinzip für die Bestimmung des auf Internet-Verträge anwendbaren Rechts von Bedeutung ist. Das Herkunftslandprinzip hat in Art. 3 Abs. 1 und 2 der E-Commerce-Richtlinie seinen Ursprung und wurde im deutschen Recht im Jahre 2001 durch eine Neufassung des § 4 TDG⁵⁸⁷ umgesetzt. Es beansprucht Geltung für sämtliche Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem elektronischen Geschäftsverkehr.⁵⁸⁸

Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip iSd. Art 3 Abs. 1 und 2 ECRL besagt, dass für einen in der EU ansässigen Anbieter von Dienstleistungen der Informationsgesellschaft allein das Recht des Staates seiner Niederlassung maßgeblich ist, d.h. das Recht des Ortes, an dem er seine Tätigkeit konkret ausübt; hingegen gelangt das Recht des Empfangsstaates, in dem die Dienstleistung abgerufen werden kann, nicht zur Anwendung.⁵⁸⁹ Dies gilt gem. Art. 3 Abs. 1 ECRL zumindest für den in der E-Commerce-Richtlinie koordinierten Bereich. Der koordinierte Bereich umfasst dabei nach Art. 2 lit. h ECRL die in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten festgelegten Anforderungen, die für die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft und für die Dienste selbst gelten. Darunter fällt grundsätzlich der gesamte rechtliche Rahmen der Online-Tätigkeit.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ Vgl. dazu das Teledienstgesetz vom 22. Juli 1997 (BGBl. 1997 I, S. 1870), zuletzt geändert durch Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (EGG) vom 14.12.2001 (BGBl. 2001 I, S. 3721).

⁵⁸⁸ *Spindler*, ZHR 165 (2001), 324 (330f.).

⁵⁸⁹ *Nickels*, DB 2001, 1919 (1919); *Spindler*, ZHR 165 (2001), 324 (331).

⁵⁹⁰ *Spindler*, RIW 2002, 183 (184).

Im deutschen TDG wurde das Herkunftslandprinzip in zwei Schritten umgesetzt: § 4 Abs. 1 TDG regelt die Situation eines deutschen Diensteanbieters, § 4 Abs. 2 TDG die Situation eines ausländischen Diensteanbieters mit Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat.⁵⁹¹ Für Diensteanbieter, die außerhalb der Europäischen Union niedergelassen sind, gilt das Herkunftslandprinzip hingegen nicht.⁵⁹² § 4 Abs. 1 TDG sieht vor, dass in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassene Diensteanbieter und ihre Teledienste den Anforderungen des deutschen Rechts auch dann unterliegen, wenn die Teledienste in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der E-Commerce-Richtlinie geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden. § 4 Abs. 2 TDG stellt daneben klar, dass der freie Dienstleistungsverkehr von Telediensten, die in der Bundesrepublik Deutschland von Diensteanbietern geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden, die in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der E-Commerce-Richtlinie niedergelassen sind, nicht eingeschränkt wird. Im Hinblick auf die letztgenannte Vorschrift enthält allerdings § 4 Abs. 5 TDG einen Katalog von Ausnahmen. Danach sind Einschränkungen durch das innerstaatliche Recht zumindest dann zulässig, wenn dies dem Schutz der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder der Interessen der Verbraucher vor Beeinträchtigungen oder ernsthaften und schwerwiegenden Gefahren dient.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit drängt sich die Frage auf, ob das Herkunftslandprinzip Einfluss auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts hat. Wäre dies der Fall, so wären die bisher gefundenen Ergebnisse zur Ermittlung des an Internet-Verträge anzuknüpfenden Rechts noch einmal kritisch auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

Um diese Frage zu beleuchten, ist zunächst der allgemeine Anwendungsbereich des TDG zu betrachten. Dann ist das zentrale Problem zu erörtern, ob das Herkunftslandprinzip iSd. § 4 TDG überhaupt einen kollisionsrechtlichen Gehalt aufweist. Abschließend gilt es zu entscheiden, ob und inwieweit das Herkunftslandprinzip im Anwendungsbereich der deutschen Kollisionsnormen des Internationalen Schuldvertragsrechts, d.h. der Artt. 27 ff. EGBGB, Geltung erlangen kann.

⁵⁹¹ Vgl. *Lurger/Vallant*, RIW 2002, 188 (198); *Spindler*, ZRP 2001, 203 (204).

⁵⁹² *Spindler*, RIW 2002, 183 (183).

I. Anwendungsbereich des TDG

Zunächst ist zu klären, ob das TDG als solches auf jene Sachverhalte, die den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bilden, anwendbar ist. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn die Regelungen des TDG auch einen elektronischen Vertragsabschluss via Internet erfassen.

Die Vorschriften des TDG erfassen gem. § 2 Abs. 1 TDG alle Teledienste, d.h. alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder oder Töne bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt. Dazu zählen gem. § 2 Abs. 2 Nr. 5 TDG auch Angebote von Waren und Dienstleistungen in elektronisch abrufbaren Datenbanken mit interaktivem Zugriff und unmittelbarer Bestellmöglichkeit. Demnach sind die Umstände eines elektronischen Vertragsabschlusses zwar nicht der zentrale Regelungsgegenstand des TDG. Jedoch unterfällt zumindest eine Webseite, die eine Warenpräsentation sowie die Möglichkeit zu einer Warenbestellung enthält, gem. § 2 Abs. 5 TDG dem Geltungsbereich des Gesetzes.

Die Regelung des § 4 TDG ist demnach grundsätzlich auf aktive Webseiten anwendbar. Das Herkunftslandprinzip iSd. § 4 TDG könnte somit immer dann für einen Vertragsabschluss im Internet von Bedeutung sein, wenn der Vertrag unter Nutzung einer aktiven Webseite im Wege einer Online-Warenbestellung zustande kommt.

II. Regelungsgehalt des Herkunftslandprinzips

Zu entscheiden ist aber, ob das Herkunftslandprinzip überhaupt einen kollisionsrechtlichen Gehalt hat. Dies wird in der Literatur sehr kontrovers diskutiert, sowohl im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Regelung des Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL⁵⁹³ als auch in Bezug auf die deutsche Umsetzung in § 4 Abs. 1 und 2 TDG⁵⁹⁴. Nach wie vor ist dabei das Verhältnis des Herkunftslandprinzips zum Internationalen Privatrecht ungeklärt. Die insoweit vertretenen Ansichten sollen im Folgenden dargestellt und kritisch gewürdigt werden.

⁵⁹³ Vgl. dazu eingehend *Ahrens*, CR 2000, 835 ff.; *Fallenböck*, S. 181-205; *Fezer/Koos*, IPRax 2000, 349 (352 ff.); *Mankowski*, EWS 2002, 401 ff.; *ders.*, ZVglRWiss 1000 (2001), 137 ff.; *ders.*, GRUR Int 1999, 909 (912-915); *Ohly*, GRUR Int 2001, 899 ff.; *Sack*, WRP 2001, 1408 (1410f.); *Waldenberger*, EuZW 1999, 296 (298f.).

⁵⁹⁴ Vgl. dazu *Mankowski*, IPRax 2002, 257 ff.; *Sack*, WRP 2002, 271 (273-275); *Spindler*, RIW 2002, 183 ff..

1. Kollisionsrechtliche Norm

Nach einer Auffassung ist das Herkunftslandprinzip eine kollisionsrechtliche Norm.⁵⁹⁵ Das anzuwendende Recht wird allein durch das Herkunftslandprinzip bestimmt: Auf die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen eines Teledienstes findet jenes Recht Anwendung, das im Herkunftsstaat des Diensteanbieters gilt. Die Vorschriften des eigentlich einschlägigen nationalen Kollisionsrechts, die in jedem anderen Fall zur Bestimmung des anwendbaren Rechts durch den Richter herangezogen würden, werden in Bezug auf Teledienste durch das Herkunftslandprinzip verdrängt.⁵⁹⁶

Allerdings ist bei der Bejahung eines kollisionsrechtlichen Charakters der Norm unklar, ob das Herkunftslandprinzip insoweit eine Gesamtverweisung auf das Recht im Herkunftsland des Diensteanbieters ausspricht oder ob lediglich eine Verweisung auf das im Herkunftsland geltende Sachrecht vorgenommen wird. Diese Fragestellung soll an späterer Stelle vertieft werden.⁵⁹⁷

2. Sachrechtliches Korrektiv

Nach anderer Auffassung stellt das Herkunftslandprinzip lediglich ein sachrechtliches Korrektiv dar; eine kollisionsrechtliche Regel enthält es hingegen nicht.⁵⁹⁸ Das Herkunftslandprinzip etabliert vielmehr ein zweistufiges Verfahren: Zunächst ist in einem ersten Schritt anhand der einschlägigen kollisionsrechtlichen Regeln das auf den Sachverhalt anwendbare Recht zu bestimmen. Sofern es sich dabei nicht um das nationale Recht im Herkunftsstaat des Diensteanbieters handelt, ist anschließend in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Teledienst und das Verhalten des Diensteanbieters nach dem Recht des Herkunftslandes zulässig wäre.⁵⁹⁹ Ist dies der Fall, dürfen die Vorschriften des tatsächlich anwendbaren Sachrechts das Angebot oder die Erbringung der Dienstleistung ihrerseits nicht beschränken oder untersa-

⁵⁹⁵ *Gierschmann*, DB 2000, 1315 (1316); *Hamann*, ZUM 2000, 290 (291f.); *Landfermann*, FS 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001), S. 503 (514); *Lehmann*, ZUM 1999, 180 (181); *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, WRP 2000, 575 (583); *Mankowski*, EWS 2002, 401 (402 ff.); *ders.*, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (137-153); *ders.*, CR 2001, 630 (632); *ders.*, GRUR Int 1999, 909 (912); *Tettenborn*, K&R 2000, 59 (61); *Thünken*, IPRax 2001, 15 (19f.).

⁵⁹⁶ *Gierschmann*, DB 2000, 1315 (1316).

⁵⁹⁷ Vgl. dazu unten Abschnitt D III 1 im 2. Teil dieser Arbeit.

⁵⁹⁸ *Ahrens*, CR 2000, 835 (837); *Apel/Grapperhaus*, WRP 1999, 1247 (1252); *Staudinger-Fezer*, Internationales Wirtschaftsrecht, Rn. 449; *Fezer/Koos*, IPRax 2000, 349 (350f.); *Glöckner*, ZVglRWiss 99 (2000), 278 (305f.); *Ohly*, GRUR Int 2001, 899 (902); *Schack*, MMR 2000, 59 (63); *Sonnenberger*, ZVglRWiss 100 (2001), 107 (127); *Ziem*, MMR 2000, 129 (133).

⁵⁹⁹ *Ziem*, MMR 2000, 129 (133).

gen.⁶⁰⁰ Sofern sie dies ihrem Inhalt nach tun, werden sie bei der Anwendung modifiziert und auf den Regelungsinhalt des Herkunftslandrechts reduziert.⁶⁰¹

Nach diesem Ansatz findet also gleichsam eine Reduktion des Inhalts des anwendbaren nationalen Rechts auf die EU-konforme Verantwortlichkeitsgrenze statt.⁶⁰²

3. Konstruktion zwischen Kollisionsrecht und sachrechtlichem Korrektiv

Eine Mittelmeinung, vertreten von *Spindler*, versteht das Herkunftslandprinzip als „eine eigenartige hybride Konstruktion zwischen Kollisionsrecht und sachrechtlichem Korrektiv“, die sich weder befriedigend kollisionsrechtlich noch europarechtlich erklären lasse.⁶⁰³ *Spindler* geht davon aus, dass das Herkunftslandprinzip eigentlich als sachrechtliches Korrektiv zu verstehen sei.⁶⁰⁴ Allerdings räumt er ein, dass das Füllen der Lücke, die entstehe, wenn das nationale Sachrecht strenger sei als das Herkunftslandprinzip, kollisionsrechtlicher Natur sei. Denn dann werde das Recht des Herkunftslandes zur Anwendung berufen.⁶⁰⁵ Das Problem der dogmatischen Einordnung resultiere dabei „aus einer Gemengelage aus der europarechtlich geprägten Prüfung nationalstaatlicher Normen einerseits und der Technik des Verweises auf ein ausländisches Sachrecht andererseits, das für diese Prüfung letztlich den Maßstab darstellt“.⁶⁰⁶

Nach dieser Ansicht lässt sich das Herkunftslandprinzip also weder als reine kollisionsrechtliche Regelung noch als reines sachrechtliches Korrektiv einordnen.

4. Kritische Würdigung

Eine Auseinandersetzung mit den genannten Auffassungen erscheint geboten.

Dabei ist jener Ansicht, die das Herkunftslandprinzip als sachrechtliches Korrektiv einordnet, zunächst zuzugeben, dass das Herkunftslandprinzip nach dem Willen des Richtliniengebers in der Tat als gemeinschaftsrechtliches Korrektiv dienen soll. Dies geht aus Art. 3 Abs. 1 ECRL hervor, dem zufolge jeder Mitgliedstaat Sorge dafür zu tragen hat, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen

⁶⁰⁰ *Glöckner*, ZVglRWiss 99 (2000), 278 (306); *Ohly*, GRUR Int 2001, 899 (902); *Sack*, WRP 2002, 271 (274); *Ziem*, MMR 2000, 129 (133).

⁶⁰¹ *Fezer/Koos*, IPRax 2000, 349 (350).

⁶⁰² *Schack*, MMR 2000, 59 (63).

⁶⁰³ *Spindler*, ZHR 165 (2001), 324 (336); *ders.*, IPRax 2001, 400 (401); *ders.*, RIW 2002, 183 (185); *ders.*, NJW 2002, 921 (926).

⁶⁰⁴ *Spindler*, in: Gounalakis (Hrsg.), S. 214 (247), dort Rn. 81; *ders.*, ZHR 165 (2001), 324 (335).

⁶⁰⁵ *Spindler*, RIW 2002, 183 (185); *ders.*, ZHR 165 (2001), 324 (336); *ders.*, IPRax 2001, 400 (401).

⁶⁰⁶ *Spindler*, in: Gounalakis (Hrsg.), S. 214 (249), dort Rn. 86; ähnlich *ders.*, ZHR 165 (2001), 324 (336).

Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen. Anhand des Rechts des Herkunftslandes sollen also etwaige binnenmarktstörende Ergebnisse bei der Anknüpfung des auf elektronische Kommunikationsdienste anwendbaren Sachrechts korrigiert werden. Als Maßstab für die binnenmarktorientierte Ergebniskontrolle soll dabei jeweils das nationale Recht jenes Mitgliedstaates herangezogen werden, in dem der Diensteanbieter niedergelassen ist.⁶⁰⁷

Dieselben Überlegungen hat auch der deutsche Gesetzgeber bei der Schaffung des neuen § 4 TDG zugrunde gelegt. Das macht die Gesetzesbegründung zu § 4 TDG deutlich. Darin wird ausgeführt, dass nach Sinn und Zweck des Art. 3 ECRL jeder in einem Mitgliedstaat niedergelassene Anbieter in gleichem Umfang die Verpflichtung hat, die Normen seines Heimatstaats zu beachten, wie er bei dem Angebot oder der Erbringung seines Dienstes im Bestimmungsstaat erwarten darf, dass dieser die Rechtstreue im Heimatstaat durch freien Dienstleistungsverkehr honoriert.⁶⁰⁸ Damit solle es dem Diensteanbieter ermöglicht werden, lediglich mit Einhaltung seiner nationalen Vorschriften auch dann Dienste in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen, wenn dort andere Vorschriften gelten.⁶⁰⁹

Somit hat das Herkunftslandprinzip letztlich doch einen eigenen kollisionsrechtlichen Gehalt. Es legt fest, welches Recht als Kontrollmaßstab heranzuziehen ist: das Recht im Herkunftsland des Diensteanbieters. Vor diesem Hintergrund greift die Auffassung, das Herkunftslandprinzip diene bloß als sachrechtliches Korrektiv, zu kurz.

Die besseren Gründe sprechen demnach auf den ersten Blick für die Einordnung des Herkunftslandprinzips als kollisionsrechtliche Regelung. Insoweit lässt sich zunächst der Wortlaut des § 4 Abs. 1 TDG als Argument ins Feld führen. Diese Norm schreibt fest, dass in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassene Diensteanbieter und ihre Teledienste den Anforderungen des deutschen Rechts auch dann unterliegen, wenn die Teledienste in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der E-Commerce-Richtlinie geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden. Damit wird unter den genannten Voraussetzungen – Anbieter eines Teledienstes mit Niederlassung in Deutschland – die Anwendung des deutschen Rechts festgelegt, was dem Regelungsgehalt einer einseitigen Kollisionsnorm entspricht.⁶¹⁰

Für eine Einordnung des Herkunftslandprinzips als kollisionsrechtliche Regelung spricht ferner der Zweck seiner Einführung, der sich dem Erwägungsgrund 22 der E-Commerce-Richtlinie entnehmen lässt. Danach wurde das Herkunftslandprinzip eingeführt, um Rechtssi-

⁶⁰⁷ Grabitz/Hilf-Marly, A 4 Art. 3 Rn. 20.

⁶⁰⁸ Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 14/6098, S. 16f..

⁶⁰⁹ Begr. des Gesetzesentwurfs, BT-Drucks. 14/6098, S. 17.

⁶¹⁰ So auch *Mankowski*, EWS 2002, 401 (404).

cherheit zu schaffen und das Rechtsanwendungsrisiko der Diensteanbieter zu minimieren. Ein Diensteanbieter soll nicht den Anforderungen der Rechtsordnungen all jener Staaten genügen müssen, in denen sein Dienst abgerufen werden kann. Denn dies würde der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs iSd. Artt. 49, 50 EG zuwiderlaufen. Vielmehr soll er sich – zumindest bei einer Geschäftstätigkeit innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union – darauf verlassen können, dass seine Tätigkeit bereits dann rechtmäßig ist, wenn er das Recht am Ort seiner Niederlassung beachtet.⁶¹¹ Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, im Dienste einer erhöhten Rechtssicherheit für den Diensteanbieter davon auszugehen, dass das Herkunftslandprinzip immer das Recht des Herkunftsstaates für anwendbar erklärt. Das eigentliche Kollisionsrecht käme dann nicht zur Geltung. Vielmehr hätte das Herkunftslandprinzip einen eigenen kollisionsrechtlichen Regelungsgehalt.

Ganz entscheidend gegen diese Einordnung spricht allerdings der erklärte Wille des europäischen Richtliniengebers und des deutschen Gesetzgebers, wie er in der Richtlinie selbst sowie im TDG zum Ausdruck kommt. So wird in der E-Commerce-Richtlinie in Art. 1 Abs. 4 ECRL ausdrücklich klargestellt, dass die Richtlinie keine zusätzlichen Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts schaffe. Dies wiederholt ferner Erwägungsgrund 23, der ebenfalls besagt, dass die Richtlinie nicht darauf abziele, zusätzliche Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts hinsichtlich des anwendbaren Rechts zu schaffen. Im Hinblick auf die deutsche Umsetzung schreibt außerdem § 2 Abs. 6 TDG fest, dass das TDG keine Regelungen im Bereich des internationalen Privatrechts schaffe. Insofern kann das Herkunftslandprinzip nach dem Willen des Gesetzgebers keine neuartige kollisionsrechtliche Vorschrift darstellen.

Zwar drängt sich die Frage auf, aus welchem Grund dann gleichermaßen in der E-Commerce-Richtlinie in Art. 3 Abs. 3 iVm. 5. Spiegelstrich des Anhangs wie auch im deutschen TDG in § 4 Abs. 3 Nr. 1 TDG ausdrücklich erklärt wird, dass die Freiheit der Rechtswahl vom Herkunftslandprinzip unberührt bleibt.⁶¹² Denn diese Klarstellung kann nur dann erforderlich werden, wenn der Gesetzgeber der Ansicht ist, dass das Kollisionsrecht ansonsten vom Herkunftslandprinzip berührt wird. Dennoch können die Aussagen des Richtliniengebers in Art. 1 Abs. 4 ECRL und des deutschen Gesetzgebers in § 2 Abs. 6 TDG nicht gänzlich außer Acht bleiben.⁶¹³

⁶¹¹ Vgl. auch die Begr. der Kommission zum Richtlinienvorschlag, KOM (1998) 586 vom 18.11.1998, S. 7f..

⁶¹² Vgl. *Lurger/Vallant*, RIW 2002, 188 (197); *Mankowski*, EWS 2002, 401 (403); *Spindler*, ZHR 165 (2001), 324 (335).

⁶¹³ Anders aber *Mankowski*, EWS 2002, 401 (402): „§ 2 Abs. 6 Var. 1 TDG; Art. 4 Abs. 1 Var. 1 E-Commerce-Richtlinie (...) sind wegen Widerspruchs zur Realität unbeachtlich.“ Vgl. ferner *Mankowski*, IPRax 2002, 257 (257); *ders.*, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (138).

Überzeugend ist nach alledem nur die Mittelmeinung. Nur sie berücksichtigt beide Regelungsgehalte des Herkunftslandprinzips gleichermaßen: zum einen, dass das Herkunftslandprinzip ein sachrechtliches Korrektiv mit Ursprung im Gemeinschaftsrecht darstellt; zum anderen, dass es eine kollisionsrechtlich relevante Regelung trifft, indem es das für die binnenmarktorientierte Ergebniskontrolle heranzuziehende Recht festlegt.

Für ein derartiges Verständnis des Herkunftslandprinzips lässt sich auch der Zusatz im Erwägungsgrund 23 der E-Commerce-Richtlinie anführen, wonach Vorschriften des anwendbaren Rechts, die durch Regeln des Internationalen Privatrechts bestimmt sind, die Freiheit zur Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft im Sinn der Richtlinie nicht einschränken dürfen. Diese Aussage deutet darauf hin, dass zwar auf der einen Seite die bestehenden Kollisionsregeln zur Anwendung gelangen sollen, dass aber auf der anderen Seite die Anwendung des angeknüpften Sachrechts seine Grenze dort finden soll, wo die Dienste der Informationsgesellschaft über den Maßstab des Herkunftslandrechts hinaus beschränkt werden.

Für eine Einordnung des Herkunftslandprinzips als eine eigene Konstruktion zwischen Kollisionsrecht und sachrechtlichem Korrektiv spricht des Weiteren die Empfehlung des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt für die zweite Lesung des Europäischen Parlaments. Dieser Empfehlung zufolge steht fest, „dass die Richtlinie dem internationalen Privatrecht vorgeht, indem bestimmt wird, dass diese Richtlinie zwar keine zusätzlichen Regeln im Bereich des internationalen Privatrechts schafft, die Anwendung dieses Rechts jedoch nicht dazu führen darf, dass die Dienstleistungsfreiheit in der Informationsgesellschaft, wie sie in der Richtlinie vorgesehen ist, beeinträchtigt wird“.⁶¹⁴ Wiederum wird hier auf eine Konstruktion zwischen kollisionsrechtlicher Regelung einerseits und sachrechtlicher Kontrolle andererseits hingedeutet: Auf der einen Seite wird der Vorrang vor dem IPR festgestellt. Auf der anderen Seite wird erklärt, dass gerade keine zusätzlichen Regeln im Bereich des IPR geschaffen werden sollen, dass aber durch das anwendbare Sachrecht auch keine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit erfolgen dürfe. Eine eindeutige Zuordnung des Herkunftslandprinzips entweder als kollisionsrechtliche Regelung oder als sachrechtliches Korrektiv ist demnach nicht möglich.

Zwar muss sich die Mittelmeinung den Vorwurf gefallen lassen, sie versuche, ein Tertium neben dem Sachrecht und dem Kollisionsrecht zu schaffen, das es schlichtweg nicht gebe.⁶¹⁵ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der europäische Gesetzgeber diese eigenartige Kon-

⁶¹⁴ A5-0106/2000 vom 12.4.2000, S. 11 (zitiert nach Grabitz/Hilf-Marly, A 4 Art. 3 Rn. 20).

⁶¹⁵ Vgl. *Mankowski*, IPRax 2002, 257 (263): „Tertium non datur.“

struktion nun einmal in die Welt gesetzt hat. Selbst wenn also unter dogmatischen Gesichtspunkten einiges dafür sprechen mag, das Herkunftslandprinzip als eine reine kollisionsrechtliche Regelung einzuordnen, so kann dennoch der erklärte Wille des Gesetzgebers nicht einfach übergangen werden, wonach neues Internationales Privatrecht mit dem Herkunftslandprinzip nicht geschaffen werden soll. Diesem Aspekt, der gegen die Einordnung des Herkunftslandprinzips als reine kollisionsrechtliche Regelung spricht, trägt die genannte Mittelmeinung Rechnung. Zwar mag die Qualifikation des Herkunftslandprinzips als eine „hybride Konstruktion“ eigener Art aus dogmatischer Sicht als unbefriedigend erscheinen. Sie ist jedoch die zwingende Folge aus der eigenartigen Zusammensetzung der Regelung aus einer gemeinschaftsrechtlichen Ergebniskontrolle im Hinblick auf den freien Dienstleistungsverkehr einerseits und der Festlegung des dafür anzuwendenden Maßstabs in Gestalt des Herkunftslandrechts andererseits. Nach alledem ist der Mittelmeinung trotz des genannten Einwandes der Vorzug zu geben.

Das Herkunftslandprinzip ist somit richtigerweise als eine Konstruktion eigener Art zwischen Kollisionsrecht und sachrechtlichem Korrektiv anzusehen.

5. Ergebnis

Weder eine Qualifikation als bloß sachrechtliches Korrektiv noch eine Qualifikation als reine Kollisionsnorm wird dem Herkunftslandprinzip iSd. § 4 TDG gerecht. Das Herkunftslandprinzip stellt vielmehr eine Konstruktion eigener Art zwischen Kollisionsrecht und sachrechtlichem Korrektiv dar. Dies ist darauf zurückzuführen, dass es eine besondere Gemengelage widerspiegelt, die sich einerseits aus einer gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle nationaler Vorschriften unter besonderer Berücksichtigung der Dienstleistungsfreiheit und andererseits aus einem Verweis auf das Herkunftslandrecht als Maßstab dafür zusammensetzt.

III. Auswirkungen auf das Kollisionsrecht

Letztlich ist dem Herkunftslandprinzip also ein irgendwie gearteter kollisionsrechtlicher Charakter zuzusprechen – und sei es auch nur im Rahmen einer Konstruktion eigener Art. Somit schließt sich die Frage an, ob und inwieweit sich das Herkunftslandprinzip auf nationale kollisionsrechtliche Vorschriften auswirkt.

1. Art der Verweisung

Zunächst ist zu klären, welche Art von Verweisung das Herkunftslandprinzip auf jenes nationale Recht vornimmt, das der im Gemeinschaftsrecht begründeten Ergebniskontrolle des anwendbaren Rechts dienen soll. Über diese Frage herrscht Unklarheit. In Betracht kommt sowohl eine Gesamtverweisung auf das gesamte im Herkunftsland geltende Recht⁶¹⁶ als auch eine reine Sachnormverweisung⁶¹⁷. Im erstgenannten Fall würde nicht nur das Sachrecht des Herkunftslandes zur Anwendung gelangen, sondern auch dessen Kollisionsnormen. Auf diese Weise könnte letztlich auch ein anderes Sachrecht als jenes des Herkunftslandes zur Anwendung gelangen. Im letztgenannten Fall würde demgegenüber unzweifelhaft das materielle Recht des Herkunftsstaates auf den Teledienst und auf die Tätigkeit des Diensteanbieters Anwendung finden.

Für die Annahme einer Gesamtverweisung spricht zunächst der Wortlaut jener Norm, die das Herkunftslandprinzip auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene festschreibt: Nach Art. 3 Abs. 1 ECRL müssen die Dienste den „innerstaatlichen Vorschriften“ entsprechen. Zu den innerstaatlichen Vorschriften zählt dabei grundsätzlich auch das Kollisionsrecht.⁶¹⁸ Den gleichen Schluss legt die deutsche Umsetzung dieser Norm in § 4 Abs. 1 TDG nahe, dem zufolge deutsche Diensteanbieter den Anforderungen „des deutschen Rechts“ unterliegen. Auch hier wird dem Wortlaut zufolge keine ausdrückliche Einschränkung auf das materielle Recht vorgenommen.

Der Annahme einer Gesamtverweisung steht jedoch der Regelungszweck entgegen, welcher dem Herkunftslandprinzip zugrunde liegt. Das Herkunftslandprinzip dient der Erhöhung der Rechtssicherheit durch Minimierung von Rechtsanwendungsrisiken für den Diensteanbieter.⁶¹⁹ Dieser soll sich darauf verlassen können, dass sein Verhalten immer dann rechtmäßig ist, wenn er die Vorschriften im Staat seiner Niederlassung beachtet. Dies soll gerade auch dann gelten, wenn der Dienst in einem anderen Staat angeboten oder erbracht wird. Würde man aber den Verweis auf das Recht des Herkunftslandes als Gesamtverweisung ansehen, die auch das nationale Kollisionsrecht des Herkunftslandes einschließt, so bestünde über das anwendbare materielle Recht nach wie vor Unklarheit. Denn das Kollisionsrecht des Herkunfts-

⁶¹⁶ *Hoeren*, MMR 1999, 192 (195); *Lurger*, FS 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001), S. 479 (488f.).

⁶¹⁷ *Gierschmann*, DB 2000, 1315 (1316); *Härting*, DB 2001, 80 (80f.); *Mankowski*, EWS 2002, 401 (409); *ders.*, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (152); *Nickels*, CR 2002, 302 (303); *Spindler*, in: Gounalakis (Hrsg.), S. 214 (250), dort Rn. 88; *ders.*, IPRax 2001, 400 (401); *ders.*, ZHR 165 (2001), 324 (337); *Thünken*, IPRax 2001, 15 (20).

⁶¹⁸ Ebenso *Hoeren*, MMR 1999, 192 (195); *Spindler*, ZHR 165 (2001), 324 (337); *ders.*, MMR 2000, Beilage zu Heft 7, 4 (7).

⁶¹⁹ Vgl. Abschnitt D II 4 im 2. Teil dieser Arbeit.

landes könnte wiederum ein anderes nationales Sachrecht für anwendbar erklären.⁶²⁰ Das materielle Recht des Herkunftslandes wäre also keineswegs immer als Kontrollmaßstab zur Anwendung berufen. Für den Diensteanbieter würde dies bedeuten, dass er – abhängig von der Anknüpfung anhand seines nationalen Kollisionsrechts – möglicherweise doch wieder einer fremden Rechtsordnung unterworfen wäre. Dadurch wäre sein Rechtsanwendungsrisiko aber keineswegs verringert. Ein solches Ergebnis läuft folglich dem Zweck des Herkunftslandprinzips eindeutig zuwider.⁶²¹

Das eben beschriebene Rechtsanwendungsrisiko entsteht hingegen nicht, wenn man den kollisionsrechtlichen Gehalt des Herkunftslandprinzips als Sachnormverweisung begreift. Dann wird nämlich grundsätzlich jenes materielle Recht als Kontrollmaßstab zur Anwendung berufen, das im Niederlassungsstaat des Diensteanbieters gilt. Der Diensteanbieter kann sich darauf verlassen, dass sein Dienst auch in einem anderen EU-Mitgliedstaat immer schon dann für rechtmäßig erklärt werden muss, sofern er nur den materiellen Vorschriften im Herkunftsland genügt. Genau diese Rechtssicherheit war mit der Einführung des Herkunftslandprinzips bezweckt.

Unter Berücksichtigung des Zwecks der Regelung ist demnach der kollisionsrechtliche Gehalt des Herkunftslandprinzips darin zu sehen, dass bloß eine Verweisung auf das materielle Recht des Herkunftslandes erfolgt. Es handelt sich mithin um eine Sachnormverweisung, nicht um eine Gesamtverweisung.

2. Geltung des Herkunftslandprinzips im Anwendungsbereich der Artt. 27 ff. EGBGB

Des Weiteren ist das Verhältnis des Herkunftslandprinzips iSd. § 4 TDG zu den Artt. 27-37 EGBGB zu untersuchen. Zu entscheiden ist, ob das Herkunftslandprinzip im Anwendungsbereich der Artt. 27 ff. EGBGB überhaupt Geltung erlangen kann.

Insoweit ist als Erstes zu berücksichtigen, dass gem. § 4 Abs. 3 Nr. 1 TDG die Freiheit der Rechtswahl von dem Herkunftslandprinzip unberührt bleibt. Folglich erlangt das Herkunftslandprinzip keine Geltung, sofern die Parteien eines Vertrages, der in den Bereich der geschäftlichen Tätigkeit des Diensteanbieters fällt, das auf den Vertrag anwendbare Recht im Wege einer Rechtswahl iSd. Art. 27 EGBGB festgelegt haben. In diesem Fall kann sich der Diensteanbieter also zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens nicht unter Hinweis auf das Herkunftslandprinzip auf den Maßstab seines Heimatrechts berufen. Des Weiteren

⁶²⁰ Vgl. das Beispiel bei *Gierschmann*, DB 2000, 1315 (1316).

⁶²¹ Ebenso *Härting*, DB 2001, 80 (81); *Mankowski*, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (152); *Spindler*, ZHR 165 (2001), 324 (337); *Thünken*, IPRax 2001, 15 (20).

ren bleiben vom Herkunftslandprinzip gem. § 4 Abs. 3 Nr. 2 TDG die Vorschriften für vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge unberührt. Auch die Bestimmung des anwendbaren Rechts für Verbraucherverträge, die anhand der Artt. 29, 29a EGBGB erfolgt, werden demzufolge durch das Herkunftslandprinzip nicht berührt. Im Anwendungsbereich der Artt. 29, 29a EGBGB gelangt das Herkunftslandprinzip also ebenfalls nicht zur Geltung. Darüber herrscht Einigkeit.⁶²²

Umstritten ist jedoch, ob über Art. 27 EGBGB und Artt. 29, 29a EGBGB hinaus nicht möglicherweise sogar das gesamte Internationale Schuldvertragsrecht, das im deutschen Recht in den Artt. 27-37 EGBGB niedergelegt ist, vom Herkunftslandprinzip unbeeinflusst bleibt.⁶²³ Dies hätte zur Folge, dass in vertragsrechtlichen Fragen grundsätzlich keine gemeinschaftsrechtlich motivierte sachrechtliche Kontrolle anhand des Heimatrechts des Diensteanbieters erfolgte.

Dafür spricht, dass das in der E-Commerce-Richtlinie niedergelegte Herkunftslandprinzip nach dem Willen des Richtliniengabers in erster Linie das Internationale Wettbewerbsrecht erfassen soll: Das Herkunftslandprinzip soll – im Interesse einer erhöhten Rechtssicherheit für den Diensteanbieter – die Bestimmungslandanknüpfung zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Wettbewerbshandlungen ablösen.⁶²⁴ Es soll nicht länger eine Anknüpfung an das Recht des Marktortes erfolgen, da diese Anknüpfung den Anbieter eines elektronischen Informations- und Kommunikationsdienstes aufgrund der weltweiten Abrufbarkeit des Dienstes zwangsläufig mit einer Vielzahl von anwendbaren Rechtsordnungen konfrontiert⁶²⁵. Dies stünde wiederum der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs entgegen.

Ob das Herkunftslandprinzip nach dem Willen des Richtliniengabers darüber hinaus auch im Anwendungsbereich des Internationalen Schuldvertragsrechts zur Geltung kommen soll, ist hingegen unklar. So geht aus dem Richtlinienvorschlag der Kommission zwar hervor, dass die E-Commerce-Richtlinie nicht in bestehende Staatsverträge eingreifen soll.⁶²⁶ Diese Aussage könnte auch den Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips betreffen. Das Interna-

⁶²² Vgl. Staudinger-Magnus, Art. 29 EGBGB Rn. 71; Mankowski, IPRax 2002, 257 (264); Spindler, IPRax 2001, 400 (402f.).

⁶²³ Bejahend Mankowski, IPRax 2002, (264); ders., ZVglRWiss 100 (2001), 137 (153-157). Verneinend Spindler, IPRax 2001, 400 (402).

⁶²⁴ Vgl. Erwägungsgründe 5 und 22 der E-Commerce-Richtlinie, ABLEG Nr. L 178 vom 17.7.2000, S. 1 und 4. Ebenso Apel/Grapperhaus, WRP 1999, 1247 (1248); Dethloff, JZ 2000, 179 (181); Ernst, VuR 1999, 397 (399); Fezer/Koos, IPRax 2000, 349 (353); Hoeren, MMR 1999, 192 (195); Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575 (582f.); Lurger/Vallant, RIW 2002, 188 (190); dies., MMR 2002, 203 (203); Mankowski, ZVglRWiss 1000 (2001), 137 (153); ders., GRUR Int 1999, 909 (912); Schack, MMR 2000, 59 (62); Tettenborn, K&R 1999, 252 (255).

⁶²⁵ Vgl. zu diesem Problem Dethloff, NJW 1998, 1596 (1599); Kotthoff, CR 1997, 677 (678f.).

⁶²⁶ Begründung der Kommission zum Richtlinienvorschlag, KOM (1998) 586 vom 18.11.1998, S. 24.

tionale Schuldvertragsrecht ist nämlich in einem Staatsvertrag geregelt, im EVÜ. Dies spricht dafür, dass das Internationale Schuldvertragsrecht durch die Einführung des Herkunftslandprinzips in Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL nicht beeinträchtigt werden sollte.⁶²⁷ Für die deutschen Vorschriften, mit denen die Vorschriften des EVÜ in das deutsche Recht übernommen wurden, Artt. 27-37 EGBGB, könnte dann nichts anderes gelten.

Auf der anderen Seite steht dieser Schlussfolgerung aber die ausdrückliche Ausnahme der Freiheit der Rechtswahl in Art. 3 Abs. 3 iVm. 5. Spiegelstrich des Anhangs der E-Commerce-Richtlinie entgegen. Sie macht deutlich, dass im Anwendungsbereich sonstiger kollisionsrechtlicher Regelungen die Geltung des Herkunftslandprinzips nach dem Willen des Richtliniengabers gerade nicht ausgeschlossen sein sollte. Andernfalls hätte es dieser besonderen Erwähnung der Freiheit der Rechtswahl als Ausnahme schließlich nicht bedurft. Insofern ist richtigerweise davon auszugehen, dass letztlich doch nur die kollisionsrechtlichen Vorschriften über die Freiheit der Rechtswahl und die Kollisionsnormen für Verbraucherverträge vom Herkunftslandprinzip unberührt bleiben. Hingegen kann das Herkunftslandprinzip im Anwendungsbereich der objektiven Anknüpfung gem. Art. 28 EGBGB grundsätzlich Geltung erlangen.

Selbst dann wird sich die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im Bereich des Internationalen Schuldvertragsrechts aber in Grenzen halten.⁶²⁸ So wird die Anwendung des Herkunftslandprinzips in aller Regel keine anderen Ergebnisse bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts bringen als die Anwendung des Art. 28 EGBGB. Denn die objektive Anknüpfung von Verträgen stützt sich gem. Art. 28 Abs. 1 EGBGB auf das Prinzip der engsten Verbindung. Nach der Vermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB ist dabei das Recht der charakteristischen Leistung an den Sachverhalt anzuknüpfen, welches sich nach Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB bei geschäftsmäßiger Tätigkeit nach der Niederlassung des Anbieters richtet. Nichts anderes besagt aber das Herkunftslandprinzip, das ebenfalls auf den Ort der Niederlassung des Anbieters abstellt.⁶²⁹ Lediglich in solchen Fällen, in denen die Vermutung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles gem. Art. 28 Abs. 5 EGBGB ausgeschlossen ist, kann das Herkunftslandprinzip zu anderen Ergebnissen führen als das Prinzip der engsten Verbindung. In solchen Fällen ist aufgrund der Spezialität der Regelung für Teledienste dem Herkunftslandprinzip gem. § 4 TDG der Vorrang einzuräumen.⁶³⁰

⁶²⁷ So auch *Mankowski*, ZVglRWiss 100 (2001), 137 (154).

⁶²⁸ Ebenso *Fallenböck*, S. 203; *Lurger/Vallant*, RIW 2002, 188 (190); *dies.*, MMR 2002, 203 (203).

⁶²⁹ Darauf weist auch *Magnus* hin: *Staudinger-Magnus*, Art. 29 EGBGB Rn. 71.

⁶³⁰ Anderer Ansicht *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, S. 896.

3. Ergebnis

Die kollisionsrechtliche Komponente des Herkunftslandprinzips iSd. § 4 TDG besteht in einer Verweisung zu den Sachnormen jenes Rechts, das im Herkunftsland des Diensteanbieters gilt. Bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts kann das Herkunftslandprinzip aufgrund der ausdrücklichen Ausnahme der Freiheit der Rechtswahl in § 4 Abs. 3 Nr. 1 TDG und der Vorschriften für Verbraucherverträge in § 4 Abs. 3 Nr. 2 TDG allenfalls im Anwendungsbereich der objektiven Anknüpfung gem. Art. 28 EGBGB Bedeutung erlangen. Selbst dann wird das Herkunftslandprinzip aber nur in den seltensten Fällen ein anderes Recht zur Anwendung berufen als Art. 28 EGBGB, da beide Normen – von der Ausnahmeregelung des Art. 28 Abs. 5 EGBGB abgesehen – gleichermaßen auf das Recht am Ort der Niederlassung des Anbieters abstellen.

IV. Zusammenfassung

In Bezug auf elektronisch abgeschlossene Verträge ist die Bedeutung des Herkunftslandprinzips für die Bestimmung des anwendbaren Rechts äußerst gering. Das liegt daran, dass das Herkunftslandprinzip nicht etwa eine reine Kollisionsnorm darstellt, die bei Telediensten grundsätzlich das Recht des Herkunftslandes zum anwendbaren Recht erklärt. Vielmehr ist das Herkunftslandprinzip eine eigene Konstruktion, die zwischen Kollisionsnorm einerseits und sachrechtlichem Korrektiv andererseits anzusiedeln ist. Diese Einordnung mag aus dogmatischer Sicht unbefriedigend sein, lässt sich jedoch in Anbetracht der widersprüchlichen Aussagen des europäischen Richtliniengebers bzw. des deutschen Gesetzgebers über das Verhältnis des Herkunftslandprinzips zum Internationalen Privatrecht nicht vermeiden.

Im Hinblick auf das Verhältnis des Herkunftslandprinzips zu den kollisionsrechtlichen Vorschriften der Artt. 27-37 EGBGB ist festzustellen, dass das Herkunftslandprinzip iSd. § 4 TDG nur bei solchen Sachverhalten Geltung erlangt, die auch den Anwendungsbereich des Art. 28 EGBGB eröffnen. Aber auch hier kann das Herkunftslandprinzip – angesichts des regelmäßig gleichlautenden Anknüpfungsmerkmals der Niederlassung des Anbieters – nur bei Vorliegen besonderer Umstände iSd. Art. 28 Abs. 5 EGBGB zur Anknüpfung eines anderen Sachrechts führen als die klassische Kollisionsnorm des Art. 28 EGBGB.

Das Herkunftslandprinzip hat mithin im Internationalen Schuldvertragsrecht keine herausragende Bedeutung. Es findet seinen Hauptanwendungsbereich vielmehr im Internationalen Wettbewerbsrecht. Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts bei elektronisch abgeschlossenen Verträgen spielt es nach alledem nur eine untergeordnete Rolle. Die bislang gefundenen

Ergebnisse zur Ermittlung des auf Internet-Verträge anwendbaren Rechts behalten somit ihre Gültigkeit.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Ziel der vorliegenden Arbeit war es, jene Probleme der Rechtsanwendung aufzuzeigen, die sich bei der Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit und des anwendbaren Rechts für einen grenzüberschreitenden, auf elektronischem Wege abgeschlossenen Vertrag stellen. Die eingehende Beschäftigung mit diesem Thema hat folgende Ergebnisse hervorgebracht:

1. Bei der Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit sind vorrangig die Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) heranzuziehen. Der Anwendungsbereich der EuGVVO ist allerdings im Hinblick auf ihre Rechtsnatur als EG-Verordnung und im Lichte ihrer Rechtsgrundlage, des Art. 65 EG, teleologisch zu reduzieren: Die Geltung der EuGVVO setzt grundsätzlich einen Sachverhalt mit grenzüberschreitendem Bezug voraus. Im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO und des Art. 23 EuGVVO muss es sich dabei um einen grenzüberschreitenden Bezug zu einem weiteren Mitgliedstaat der Europäischen Union handeln.

2. Die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes am Wohnsitz des Beklagten gem. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO führt dann zu Problemen, wenn es sich bei dem Beklagten um eine im Internet-Handel tätige Gesellschaft bzw. juristische Person handelt und deren Hauptniederlassung iSd. Art. 60 Abs. 1 lit. c EuGVVO lokalisiert werden muss. Insoweit gilt es zu differenzieren: Zwar kommt als Ort der Hauptniederlassung grundsätzlich jener Ort in Betracht, an dem sich das Operationszentrum für den Warenversand befindet, sofern dort auch unmittelbare geschäftliche Kontakte mit den Kunden unterhalten werden. Wenn die Vertragserfüllung aber im Wege einer Online-Lieferung erfolgt, ist regelmäßig kein solches Operationszentrum und damit auch keine Niederlassung vorhanden. Der allgemeine Gerichtsstand reduziert sich dann auf den Ort des satzungsmäßigen Sitzes gem. Art. 60 Abs. 1 lit. a EuGVVO und den Ort der Hauptverwaltung gem. Art. 60 Abs. 1 lit. b EuGVVO. Die Annahme einer „virtuellen Niederlassung“ in Gestalt einer Webseite kommt jedenfalls nicht in Betracht.

3. Bei der Bestimmung des besonderen Gerichtsstandes des Erfüllungsortes gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO ergeben sich verschiedene Probleme, sofern es sich bei dem im Internet geschlossenen Vertrag um einen Vertrag zur Überlassung von Software handelt. Die zentrale Frage in diesem Zusammenhang ist die Frage nach der Rechtsnatur von Software. Als „Sache“ iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO ist lediglich Software auf einem körperlichen Datenträger anzusehen, nicht hingegen Software, die im Wege einer Online-Übertragung geliefert wird. In Anbetracht dessen ist nur ein Vertrag über den Erwerb von Standard-Software durch endgültige Überlassung auf einem körperlichen Datenträger ein Kaufvertrag iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 1. Spiegelstrich EuGVVO. Der Erfüllungsort und damit der Gerichtsstand befindet sich dann regelmäßig am Wohnsitz des Erwerbers. Hingegen ist ein Vertrag über den Erwerb von Standard-Software im Wege der Online-Lieferung ebenso wie ein Vertrag über den Erwerb von Individual-Software als ein Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung iSd. Art. 5 Nr. 1 lit. b 2. Spiegelstrich EuGVVO einzustufen. Der Erfüllungsort und Gerichtsstand befindet sich dann am Sitz des Softwareanbieters. Eine andere Beurteilung des Gerichtsstandes ist allerdings denkbar, sofern die Parteien eine Vereinbarung über den Erfüllungsort getroffen haben. Die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung beurteilt sich nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht.

4. Der Gerichtsstand der Niederlassung gem. Art. 5 Nr. 5 EuGVVO steht dem Kläger nach einem Vertragsschluss im Internet nur dann zur Verfügung, wenn das beklagte Unternehmen, das im Internet-Handel tätig ist, überhaupt eine Niederlassung hat. Dies ist – nicht anders als im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 EuGVVO – dann zu bejahen, wenn zumindest ein Operationszentrum für den Warenversand vorhanden ist, von dem aus auch unmittelbare geschäftliche Kontakte mit den Kunden entstehen. Hingegen werden weder der Server noch eine Webseite dem Begriff der Niederlassung gerecht.

5. Die Gerichtszuständigkeit bei Verbrauchersachen gem. Artt. 15 ff. EuGVVO kann Probleme bereiten, sofern der Vertrag im Wege einer elektronischen Warenbestellung unter Nutzung eines Bestellformulars auf einer Webseite zustande kommt. Denn dann ist für den Vertragspartner oftmals nicht erkennbar, ob es sich überhaupt um einen Verbrauchervertrag iSd. Art. 15 Abs. 1 EuGVVO handelt. Vor dem Hintergrund, dass der gute Glaube des Warenanbieters an das Nichtvorliegen eines Verbrauchervertrages geschützt ist, besteht bei fehlender Erkennbarkeit keine Gerichtszuständigkeit gem. Artt. 15 ff. EuGVVO. Besondere

Rechtsanwendungsprobleme ergeben sich außerdem bei jener Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, dass der Vertragspartner des Verbrauchers eine geschäftliche Tätigkeit im Verbraucherstaat ausgeübt oder auf den Verbraucherstaat ausgerichtet haben muss. Dies kann bei Verwendung einer kommerziellen Webseite nur anhand einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles unter besonderer Berücksichtigung der Willensrichtung des Warenanbieters festgestellt werden. Letztlich vermag dabei nur ein ausdrücklicher Hinweis auf der Webseite selbst Klarheit und Rechtssicherheit für den Anbieter im Hinblick auf das Gerichtsstandsrisiko zu schaffen. Auch die letzte Voraussetzung des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, wonach der abgeschlossene Vertrag in den Bereich der geschäftlichen Tätigkeit fallen muss, bereitet bei Verträgen im Internet Probleme. Bei Verwendung einer kommerziellen Webseite ist sie nur dann erfüllt, wenn sich der Gegenstand des Vertrages auch in der Warenpräsentation auf der Webseite findet, wenn also gleichsam ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen der geschäftlichen Tätigkeit einerseits und dem abgeschlossenen Vertrag andererseits vorliegt.

6. Der Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen iSd. Art. 23 EuGVVO ist trotz des Schriftformerfordernisses des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 lit. a EuGVVO auch auf elektronischem Wege möglich. Das liegt an der neu geschaffenen Regelung des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO, wonach elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, der Schriftform gleichgestellt sind. Auch die wirksame Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel in AGB ist bei einem Vertragsabschluss via Internet möglich. Für die Einbeziehungskontrolle gilt ein einheitsrechtlicher Maßstab. Danach ist die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme der AGB bereits dann gegeben, wenn der Verwender der AGB einen Link auf eine Webseite mit dem AGB-Volltext bereithält. Die Verwendung von AGB in einer für den Kunden fremden Sprache begegnet dann keinen Bedenken, wenn die AGB in der Verhandlungs- und Vertragssprache abgefasst sind.

7. Bei der Anwendung der EuGVVO auf Internet-Verträge tritt neben der Besonderheit, dass der Vertrag auf elektronischem Wege geschlossen wurde, erschwerend hinzu, dass die EG-Verordnung erst am 1. März 2002 in Kraft getreten ist. Viele Probleme der Rechtsanwendung ergeben sich daher aus dem Umstand, dass derzeit noch keine gefestigte Rechtsprechung des EuGH über die gemeinschaftsrechtlich verbindliche Auslegung neu geschaffener Regelungen der EuGVVO vorliegt. Dies betrifft vor allem die neu formulierten Voraussetzungen

des Art. 5 Abs. 1 lit. b EuGVVO, des Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO und des Art. 23 Abs. 2 EuGVVO. Die Aussagen des Ordnungsgebers sind jedenfalls nicht immer geeignet, Klarheit für den Rechtsanwender zu schaffen.

8. Das EuGVÜ ist seit der Einführung der EuGVVO nur noch von untergeordneter Bedeutung für die Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit. Die größten Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung dieses Übereinkommens wie auch des fast inhaltsgleichen LugÜ bereiten die fehlende Lokalisierbarkeit der Parteien eines elektronischen Vertrages, die Beliebigkeit des Ortes, an dem eine Erklärung via Internet vorgenommen wird, und die fehlende Formgültigkeit einer elektronischen Gerichtsstandsvereinbarung. Der Rechtsanwender wird also bei Anwendung des EuGVÜ bzw. des LugÜ gerade vor jene Probleme gestellt, die mit den Neuregelungen in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO und Art. 23 Abs. 2 EuGVVO ausgeräumt werden sollten. Im Rahmen der Vorschriften über den Gerichtsstand für Verbrauchersachen kann den genannten Schwierigkeiten mit einer teleologischen Reduktion der Abschlussmodalität des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b EuGVÜ/LugÜ begegnet werden, um gerechte Ergebnisse zu erzielen. Hinsichtlich des Schriftformerfordernisses gem. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 lit. a EuGVÜ/LugÜ ist richtigerweise eine weite Auslegung vorzunehmen, nach der zumindest der Austausch von Emails der Schriftform genügt.

9. Bei Anwendung der deutschen Vorschriften zur Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit, d.h. der §§ 12 ff. ZPO, ergeben sich zum Teil die gleichen Rechtsanwendungsprobleme wie im europäischen Einheitsrecht. So tritt auch im Rahmen des § 21 ZPO das Problem der Erkennbarkeit und Bestimmbarkeit einer Niederlassung auf. Die Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen iSd. § 38 ZPO scheitert zumindest bei einer Vereinbarung per Mausklick an dem Schriftformerfordernis gem. § 38 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Aber auch solche Vorschriften, die dem europäischen Einheitsrecht fremd sind, stellen den Rechtsanwender vor Probleme, etwa der besondere Gerichtsstand des Vermögens gem. § 23 ZPO oder der besondere Gerichtsstand für Haustürgeschäfte gem. § 29c ZPO. In Bezug auf den Gerichtsstand für Haustürgeschäfte ist festzuhalten, dass bei einem Vertragsabschluss im Internet weder die Abschlussmodalitäten eines Haustürgeschäfts iSd. § 312 Abs. 1 BGB vorliegen, noch das Umgehungsverbot gem. § 312f Satz 2 BGB eingreift. Ähnlich wie bei der EuGVVO gilt ferner, dass die Anwendung der §§ 12 ff. ZPO auf grenzüberschreitende Sachverhalte zahlreiche grundsätzliche Fragen aufwirft, die sich unabhängig von den Eigentümlichkeiten eines elekt-

ronischen Vertragsabschlusses stellen und bislang weder durch die Rechtsprechung noch durch den deutschen Gesetzgeber einer Klärung zugeführt worden sind.

10. Bei der Bestimmung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts sind vorrangig die Regelungen des UN-Kaufrechts heranzuziehen. Die Anwendung der Kollisionsnorm des Art. 1 CISG bereitet dabei im Hinblick darauf Probleme, dass Art. 1 Abs. 2 CISG auf die Erkennbarkeit jener Tatsache abstellt, dass die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben. Diese Erkennbarkeit ist bei einem Vertrag via Internet vielfach nicht gegeben, woran die Anwendbarkeit des Übereinkommens im Einzelfall scheitern kann. Die Geltung des CISG kann von den Parteien ferner im Wege einer Ausschlussklausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden. Die Einbeziehungskontrolle der AGB richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Vertragsschlusses gem. Artt. 14 ff. CISG. Für die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme reicht es aus, wenn die AGB dem anderen Vertragspartner übersandt oder anderweitig zugänglich gemacht werden, wofür ein Link auf eine Webseite mit dem AGB-Volltext ausreicht. Etwaige Formvorschriften stehen der Anwendung des UN-Kaufrechts auf elektronische Verträge nicht entgegen. Insoweit erweist es sich von Vorteil, dass in Art. 11 CISG der Grundsatz der Formfreiheit festgeschrieben ist.

11. Ist der Anwendungsbereich des CISG nicht eröffnet, erfolgt die Bestimmung des auf den Vertrag anwendbaren nationalen Rechts anhand der Normen des EGBGB, d.h. anhand der Artt. 27-37 EGBGB. Die Wirksamkeit einer Rechtswahl iSd. Art. 27 Abs. 1 EGBGB richtet sich nach dem gewählten Recht. Die Rechtswahl muss sich auf ein staatliches Recht beziehen. Die Wahl eines „Cyberlaw“ oder etwa des UNCITRAL-Modellgesetzes für den elektronischen Geschäftsverkehr ist nicht möglich.

12. Eine exemplarische Prüfung der Wirksamkeit eines elektronisch abgeschlossenen Rechtswahlvertrages anhand des deutschen Rechts ergibt, dass sich die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften des deutschen Rechts über Willenserklärungen und über das Zustandekommen von Verträgen auch auf Vertragsabschlüsse im Internet anwenden lassen. Die Rechtswahl kann ferner durch Einbeziehung einer in AGB enthaltenen Rechtswahlklausel in den Hauptvertrag wirksam zustande kommen. Nicht anders als im europäischen Einheitsrecht und im UN-Kaufrecht, ist die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisnahme der AGB iSd. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB dann zu bejahen, wenn der Verwender der AGB einen Link auf eine

Webseite mit dem AGB-Volltext bereitstellt. Die Kenntnisnahme fremdsprachiger AGB ist dem Kunden jedoch nur zumutbar, sofern sie in der Verhandlungs- und Vertragssprache formuliert sind.

13. Die objektive Anknüpfung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts anhand der Vorschrift des Art. 28 EGBGB bereitet insofern Schwierigkeiten, als die Regelanknüpfung gem. Art. 28 Abs. 2 EGBGB auf die charakteristische Leistung und damit letztlich auf die Hauptniederlassung abstellt. Ebenso wie im internationalen Einheitsrecht können sich aber Lokalisierungsprobleme ergeben, da der Ort der Niederlassung einer geschäftlich tätigen Vertragspartei bei einem Vertragsabschluss via Internet häufig nicht erkennbar ist.

14. Im Rahmen der Sonderanknüpfung von Verbraucherverträgen gem. Art. 29 EGBGB bestehen zum Teil die gleichen Anwendungsprobleme wie bei der Bestimmung des Gerichtsstandes für Verbrauchersachen anhand des europäischen Einheitsrechts. So kann auch im Rahmen des Art. 29 EGBGB die Feststellung Schwierigkeiten bereiten, ob überhaupt ein Verbrauchervertrag vorliegt. Weitaus größere Probleme schafft jedoch die Anwendung der Abschlussmodalitäten des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1-3 EGBGB auf Verträge im Internet. Ein zentrales Rechtsanwendungsproblem resultiert dabei aus dem Umstand, dass der Ort, an dem eine elektronische Erklärung via Internet vorgenommen wird, völlig beliebig ist. Hier gelten die gleichen Lösungsansätze wie im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ. Aufgrund der Beliebigkeit des Ortes ist die Abschlussmodalität des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB teleologisch zu reduzieren: Auf die Voraussetzung des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EGBGB, wonach der Verbraucher die erforderlichen Rechtshandlungen in seinem Wohnsitzstaat vorgenommen haben muss, kann es nicht ankommen. Statt dessen ist für die Rechtshandlung des Verbrauchers iSd. Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EGBGB auf jenen Ort abzustellen, an dem sich sein Heimatrechner befindet. Die Entgegennahme der Bestellung des Verbrauchers iSd. Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB erfolgt bei einem elektronischen Vertragsabschluss an dem Ort, an dem der Vertragspartner des Verbrauchers seinen Sitz hat. Art. 29 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB, wonach der Verbraucher zunächst in den Staat des Anbieters gereist sein muss und seine Warenbestellung dann in diesem Staat auch aufgegeben haben muss, ist bei Vertragsabschlüssen im Internet überhaupt nicht einschlägig.

15. Der im Jahre 2000 in das EGBGB eingefügte Art. 29a EGBGB, der verschiedenen Verbraucherschutznormen gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs Geltung verschaffen soll, trägt teilweise zur Beseitigung von Rechtsanwendungsproblemen bei elektronisch abgeschlossenen Verträgen bei. So sind jedenfalls die Abschlussmodalitäten in Art. 29a Abs. 2 EGBGB weiter gefasst als jene in Art. 29 Abs. 1 Nr. 1-3 EGBGB. Allerdings kann die Voraussetzung der „Entfaltung einer geschäftlichen Tätigkeit“ iSd. Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB aufgrund der weltweiten Abrufbarkeit einer Webseite zu einer besonders ausgedehnten Anwendung der Vorschrift auf Internet-Sachverhalte führen. Da jedoch richtigerweise von einem Vorrang des Art. 29 EGBGB gegenüber Art. 29a EGBGB auszugehen ist, ist der Anwendungsbereich des Art. 29a EGBGB auf elektronisch abgeschlossene Verträge aufgrund der Subsidiarität letztlich gering. Im Übrigen bestehen wegen des Fehlens eines Günstigkeitsvergleichs Zweifel daran, ob Art. 29a EGBGB überhaupt gemeinschaftsrechtskonform ist.

16. Das deutsche Verbraucherrecht, etwa §§ 305 ff. BGB für allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 312b ff. BGB für Fernabsatzgeschäfte oder §§ 501 ff. BGB für Teilzahlungsgeschäfte, kann nicht im Wege der Sonderanknüpfung gem. Art. 34 EGBGB als international zwingendes Recht zur Anwendung gelangen. Dies gilt selbst dann, wenn ein Internet-Vertrag aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles weder von der Sonderanknüpfung des Art. 29 EGBGB noch von der Sonderanknüpfung des Art. 29a EGBGB erfasst ist. In krassen Fällen der Unvereinbarkeit des auf den Vertrag anwendbaren Rechts mit dem deutschen Recht ist allerdings denkbar, dass zur Wahrung besonderer Verbraucherinteressen eine gerechte Lösung über den *Ordre public* gem. Art. 6 Satz 1 EGBGB herbeigeführt wird.

17. Die Anknüpfung von Formvorschriften an einen Vertrag, der auf elektronischem Wege abgeschlossen wurde, richtet sich grundsätzlich nach Art. 11 Abs. 2 EGBGB. Der Vertragsabschluss im Internet stellt ein Distanzgeschäft im Sinne der Vorschrift dar. Für Verbraucherverträge erfolgt jedoch eine Sonderanknüpfung gem. Art. 29 Abs. 3 EGBGB.

18. Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips gem. § 4 Abs. 1 und 2 TDG ist bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts für einen elektronischen Vertrag gering. Das liegt zum einen daran, dass das Herkunftslandprinzip keine reine Kollisionsnorm darstellt, die bei Telediensten immer das Recht des Herkunftslandes für anwendbar erklärt. Vielmehr ist das Herkunftslandprinzip eine Konstruktion eigener Art, die zwischen Kollisionsnorm einerseits und

sachrechtlichem Korrektiv andererseits anzusiedeln ist. Dabei dient das Sachrecht des Herkunftslandes lediglich als Kontrollmaßstab im Rahmen einer europarechtlich motivierten, binnenmarktorientierten Ergebniskontrolle, um zu gewährleisten, dass das anwendbare nationale Recht keine strengeren Anforderungen an den Teledienst stellt als das Heimatrecht des Diensteanbieters. Zum anderen ist im Hinblick auf das Verhältnis des Herkunftslandprinzips zu den kollisionsrechtlichen Vorschriften der Artt. 27-37 EGBGB festzustellen, dass das Herkunftslandprinzip iSd. § 4 TDG lediglich bei solchen Sachverhalten Geltung erlangen kann, die auch den Anwendungsbereich des Art. 28 EGBGB eröffnen. Aufgrund des gleichen Anknüpfungsmerkmals – der Niederlassung des Anbieters – wird das Herkunftslandprinzip dabei aber regelmäßig kein anderes Sachrecht zur Anwendung berufen als die klassische Kollisionsnorm des Art. 28 Abs. 1 und 2 EGBGB.

Schlussbetrachtung und Ausblick

Nach alledem drängt sich die Frage auf, wie die zahlreichen Rechtsanwendungsprobleme, die sich bei der Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit und des anwendbaren Rechts für einen grenzüberschreitenden, auf elektronischem Wege abgeschlossenen Vertrag stellen, langfristig ausgeräumt werden können.

Aufschlussreich ist insoweit eine vergleichende Betrachtung der Vorschriften zur Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit in der EuGVVO einerseits und im EuGVÜ andererseits. Sie zeigt, dass der europäische Gesetzgeber bei der Neufassung einzelner Normen in der EG-Verordnung bewusst das Ziel verfolgt hat, solche Rechtsanwendungsprobleme zu entschärfen, die ein Vertragsabschluss im Internet mit sich bringt. Dies lässt sich nicht nur der Begründung der Kommission zum Verordnungsvorschlag¹ entnehmen, sondern hat seinen Niederschlag auch in den Regelungen der EuGVVO selbst gefunden, etwa in der geänderten Vorschrift über den Gerichtsstand für Verbrauchersachen, Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, oder in der erweiterten Formvorschrift für Gerichtsstandsvereinbarungen gem. Art. 23 Abs. 2 EuGVVO.

Abzuwarten bleibt nun, inwieweit der europäische Gesetzgeber auch bei einer anstehenden Reform der Vorschriften zur Bestimmung des auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbaren Rechts, d.h. des EVÜ, und bei der geplanten Überführung des Übereinkommens in eine EG-Verordnung² das Augenmerk auf die Besonderheiten eines Vertragsabschlusses im Internet richten wird. Für eine Vereinheitlichung der materiellrechtlichen Regelungen über den Vertragsabschluss mag ferner die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Vertragsgesetzbuches³ Bedeutung erlangen, mit dem sich derzeit die Europäische Kommission für Privatrecht⁴ beschäftigt.⁵

¹ Vgl. etwa die Ausführungen zu Art. 15 und zu Art. 23, KOM (1999) 348 vom 14.7.1999, S. 17f. und S. 20.

² Vgl. dazu den Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrages über den Ausbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl.EG Nr. C 19 vom 23.1.1999, S. 10, dort Rn. 40c; außerdem das Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung, KOM (2002) 654 vom 14.1.2003. Näher zum Ganzen *Dohrn*, S. 251-256.

³ Vgl. etwa die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht, ABl.EG Nr. C 255 vom 13.9.2001; ferner den Aktionsplan der Kommission über ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht, ABl.EU Nr. C 63 vom 15.3.2003, S. 1; schließlich die Mitteilung der Kommission über das weitere Vorgehen hinsichtlich des Europäischen Vertragsrechts und der Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes, ABl.EU Nr. C 14 vom 20.1.2005, S. 6. Dazu v.*Bar*, ZEuP 2001, 799 ff..

⁴ „Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts“ der Kommission für Europäisches Vertragsrecht. Teil I und II abgedruckt und kommentiert in: v.*Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (2002). Teil III abgedruckt in ZEuP 2003, 895 ff., kommentiert von *Zimmermann*, ZEuP 2003, 707 ff..

Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass die Rechtsvereinheitlichung innerhalb der Europäischen Union nur eine regional begrenzte Harmonisierung mit sich bringen kann. Die Rechtsunsicherheit der Parteien eines elektronisch abgeschlossenen Vertrages hinsichtlich des Gerichtsstandes und des anwendbaren Rechts kann jedoch in Anbetracht der Ubiquität des Internet letztlich nur durch solche einheitlichen Regelungen ausgeräumt werden, die weltweit – und damit unabhängig von einem gemeinschaftsrechtlichen Bezug des in Rede stehenden Sachverhalts – gelten. Die besonderen Rechtsanwendungsprobleme, die der Abschluss grenzüberschreitender Verträge auf elektronischem Wege für die Bestimmung der Gerichtszuständigkeit und des anwendbaren Rechts hervorruft, können also in letzter Konsequenz nur durch weltweit vereinheitlichte Vorschriften sinnvoll geregelt werden.

Vor diesem Hintergrund verdient zum einen das geplante Übereinkommen über die Gerichtszuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen⁶ der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht Beachtung. Es dient der Schaffung international einheitlicher Regelungen für die Gerichtszuständigkeit und die Urteilsanerkennung und -vollstreckung.⁷ Im Hinblick auf eine Vereinheitlichung des materiellen Rechts für einen elektronischen Vertragsabschluss ist zum anderen die Tätigkeit von UNCITRAL von Bedeutung. Dieser Ausschuss der Vereinten Nationen widmet sich derzeit dem Entwurf eines UN-Übereinkommens zum Abschluss elektronischer Verträge.⁸

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist allerdings noch nicht absehbar, inwieweit die Bemühungen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht einerseits und von UNCITRAL andererseits zum Erfolg führen werden. Ohne Zweifel werden aber die weltweiten Harmonisierungsbestrebungen im Bereich der internationalen Gerichtszuständigkeit und auf dem Gebiet des Vertragsrechts künftig eine zentrale Bedeutung für die Auseinandersetzung mit jenen

⁵ Vgl. dazu *v.Bar*, ZEuP 2002, 629 ff.; *Gandolfi*, ZEuP 2002, 1 ff.; *Grundmann*, NJW 2002, 393 ff.; *ders.*, RIW 2002, 329 ff.; *Lando*, RIW 2003, 1 ff.; *ders.*, RIW 2005, 1 ff.; *Leible*, EWS 2001, 471 ff., *Schlechtriem*, ZEuP 2002, 213 ff.; *Schmidt-Kessel*, RIW 2003, 481 ff.; *Schwintowski*, JZ 2002, 205 ff.; *Sonnenberger*, RIW 2002, 489 ff.; *Staudenmayer*, ZEuP 2003, 828 ff.; *ders.*, EuZW 2003, 165 ff.; *ders.*, EuZW 2005, 103 ff..

⁶ „Future Hague Convention on international jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters“. Vgl. dazu den „Report on the work of the informal working group on the judgments project, in particular on the preliminary text achieved at its third meeting – 25-28 march 2003“, Prel. Doc. no. 22 of June 2003. Zu finden unter <http://www.hcch.net>.

⁷ Vgl. dazu *Ganssauge*, S. 167-172; *Heß*, IPRax 2000, 342f.; *Juenger*, GS Lüderitz (2000), S. 329 ff.; *v.Mehren*, IPRax 2000, 465 ff.; *Reich/Gambogi Carvalho*, VuR 2001, 269 (275-278); *Schack*, ZEuP 1998, 931 ff.; *Wellbery/Pichler*, CRi 2001, 129 ff..

⁸ Vgl. den „Report of Working Group IV (Electronic Commerce) on the work of its forty-fourth session“ vom 8. November 2004, dort insbesondere den Abschnitt „IV. Electronic contracting: provisions for a draft convention“ (S. 13 ff.); zu finden unter <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>. Ferner die Meldung „UNCITRAL concludes 38th session in Vienna and adopts new Draft Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracting“ vom 15. Juli 2005, zu finden unter <http://www.unis.unvienna.org/unis/pressrels/2005/unisl96.html>. Vgl. zum Ganzen *v.Bernstorff*, RIW 2002, 179 ff.; *Lafontaine*, CR 2004, 229 ff..

Rechtsanwendungsproblemen erlangen, die sich für die Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit und des anwendbaren Rechts bei grenzüberschreitenden Verträgen im Internet ergeben.

Literaturverzeichnis

- Achilles, Wilhelm-Albrecht*: Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), Neuwied/Kriftel/Berlin 2000.
- Ahrens, Hans-Jürgen*: Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie, in: CR 2000, S. 835-841.
- Apel, Jürgen; Grapperhaus, Tanja*: Das Offline-Online-Chaos oder wie die Europäische Kommission den grenzüberschreitenden Werbemarkt zu harmonisieren droht, in: WRP 1999, S. 1247-1259.
- Arndt, Hans-Wolfgang; Köhler, Markus*: Elektronischer Handel nach der E-Commerce-Richtlinie, in: EWS 2001, S. 102-112.
- Aull, Matthias*: Zur isolierten Prorogation nach Art. 17 Abs. 1 LugÜ, in: IPRax 1999, S. 226-229.
- Bachmann, Birgit*: Internet und IPR, in: Lehmann, Michael (Hrsg.): Internet- und Multimedia-recht (Cyberlaw), Stuttgart 1997, S. 169-180.
- Bar, Christian von*: Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, in: ZEuP 2001, S. 799-804.
- Die Resolution des Europäischen Parlaments vom 15. November 2001 zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten, in: ZEuP 2002, S. 629-633.
 - Internationales Privatrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, München 1991.
- Bar, Christian von; Mankowski, Peter*: Internationales Privatrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren, 2. Auflage, München 2003.
- Bar, Christian von; Zimmermann, Reinhart* (Hrsg.): Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, München 2002.
- Bartl, Harald*: Handbuch Btx-Recht, Heidelberg 1984.
- Bartsch, Michael*: Softwareüberlassung – was ist das?, in: CR 1992, S. 393-397.
- Basedow, Jürgen*: The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, in: CMLR 2000, S. 687-708.
- Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang; Albers, Jan; Hartmann, Peter*: Zivilprozessordnung, 63. Auflage, München 2005.
- Bechtold, Stefan*: Multimedia und Urheberrecht – einige grundsätzliche Anmerkungen, in: GRUR 1998, S. 18-27.

Behr, Nele: Konfliktlösung im Internet, Berlin 2005.

Behrens, Peter: Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, in: IPRax 2003, S. 193-207.

Benecke, Lars: Die teleologische Reduktion des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 2 ff. und Art. 17 EuGVÜ, Diss. Bielefeld 1993.

Benicke, Christoph: Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nach Art. 13, 14 EuGVÜ für Schadensersatzklagen geschädigter Anleger, in: WM 1997, S. 945-954.

Berger, Christian: Gerichtspflichtigkeit infolge Internetpräsenz nach der neuen Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO)? – Zugleich: Plädoyer für einen Gerichtsstand der „virtuellen Niederlassung“, in: Bauknecht, Kurt; Brauer, Wilfried; Mück, Thomas (Hrsg.): Informatik 2001 – Wirtschaft und Wissenschaft in der Network Economy – Visionen und Wirklichkeit, Wien 2001, S. 1002-1009.

Berger, Klaus Peter: Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung, in: JZ 1999, S. 369-377.

- Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts: zu den methodischen und praktischen Grundlagen der lex mercatoria, Berlin/New York 1996.
- Lex Mercatoria Online, in: RIW 2002, S. 256-262.

Berger, Klaus Peter; Dubberstein, Holger; Lehmann, Sascha; Petzold, Viktoria: Anwendung Transnationalen Rechts in der internationalen Vertrags- und Schiedspraxis, in: ZVglRWiss 101 (2002), S. 12-37.

Bernstorff, Christoph Graf von: Ausgewählte Probleme im Electronic Commerce, in: RIW 2000, S. 14-20.

- Der Abschluss elektronischer Verträge, in: RIW 2002, S. 179-182.
- Einführung in das englische Recht, 2. Auflage, München 2000.

Besse, Dirk: Die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag von Amsterdam und das EuGVÜ, in: ZEuP 1999, S. 107-122.

Bianca, Cesare Massimo; Bonell, Michael Joachim (Hrsg.): Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna Sales Convention, Mailand 1987.

Bierekoven, Christiane: Der Vertragsschluss via Internet im internationalen Wirtschaftsverkehr, Köln/Berlin/Bonn/München 2001.

- Birk, Rolf*: Die internationale Zuständigkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, in: RdA 1983, S. 143-152.
- Bitterich, Klaus*: Die analoge Anwendung des Art. 29a Abs. 1, 2 EGBGB auf Verbraucherschutzrichtlinien ohne kollisionsrechtlichen Rechtsetzungsauftrag – zugleich eine Besprechung von EuGH, v. 9.11.2000, Rs. C-381/98 (Ingmar GB Ltd. / Eaton Leonard Technologies Inc.), in: VuR 2002, S. 155-163.
- Blaurock, Uwe*: Grenzüberschreitende elektronische Geschäfte, in: Hohloch, Gerhard (Hrsg.): Recht und Internet, Baden-Baden 2001, S. 31-43.
- Übernationales Recht des Internationalen Handels, in: ZEuP 1993, S. 247-267.
 - Vermutungen und Ausweichklausel in Art. 4 EVÜ – ein tauglicher Kompromiss zwischen starren Anknüpfungsregeln und einem flexible approach?, in: Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag (Hrsg.: Hohloch, Gerhard; Frank, Rainer; Schlechtriem, Peter), Tübingen 2001, S. 463-480.
- Blaurock, Uwe; Adam, Jürgen*: Elektronische Signatur und europäisches Privatrecht, in: ZEuP 2001, S. 93-115.
- Bleckmann, Albert*: Europarecht, 6. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1997.
- Boehme-Neßler, Volker*: Cyber Law, München 2001.
- Europäisches Internetrecht, in: EWS 2001, S. 149-156.
- Böhmer, Christof*: Die 14. Haager Konferenz über internationales Privatrecht 1980, in: RabelsZ 46 (1982), S. 643-663.
- Boele-Woelki, Katharina*: Internet und IPR: Wo geht jemand ins Netz?, in: BerDGesVöR 39 (2000), S. 307-352.
- Bogdan, Michael*: Cross-border Transactions on the Internet, in: Hohloch, Gerhard (Hrsg.): Recht und Internet, Baden-Baden 2001, S. 59-69.
- Boll, Valentin*: Ausländische AGB und der Schutz der inländischen kaufmännischen Kunden, in: IPRax 1987, S. 11-12.
- Booyesen, Hercules*: Völkerrecht als Vertragsstatut internationaler privatrechtlicher Verträge, in: RabelsZ 59 (1995), S. 245-257.
- Borges, Georg*: Die europäische Klauselrichtlinie und der deutsche Zivilprozess, in: RIW 2000, S. 933-939.
- Verbraucherschutz beim Internet-Shopping, in: ZIP 1999, S. 130-136.
 - Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, München 2003.

- Weltweite Geschäfte per Internet und deutscher Verbraucherschutz, in: ZIP 1999, S. 565-573.
- Bork, Reinhard*: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.11.1991 – IX ZR 250/90 – OLG Düsseldorf, LG Düsseldorf, in: ZZZ 105 (1992), S. 336-338.
- Bormann, Friedrich W.; Bormann, Michael*: Rechtsnatur und Rechtsschutz der Software, in: DB 1991, S. 2641-2649.
- Brandi-Dohrn, Matthias*: Haftung und Gewährleistung bei EDV-Produkten, in: CR 1993, S. 473-478.
- Brechmann, Winfried*: Die richtlinienkonforme Auslegung: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie, München 1994.
- Bröhl, Georg M.*: EGG – Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs, in: MMR 2001, S. 67-71.
- Brox, Hans*: Allgemeiner Teil des BGB, 28. Auflage, Köln/Berlin/München 2004.
- Brunner, Alexander*: Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Privatrecht, Grösch 1985.
- Bucher, Egon*: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988.
- Buchmüller, Jörg*: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7.7.1976 – I ZR 51/75, in: NJW 1977, S. 501.
- Buchner, Benedikt*: E-Commerce und effektiver Rechtsschutz – oder: Wer folgt wem wohin?, in: EWS 2000, S. 147-156.
- Bülow, Arthur; Böckstiegel, Karl-Heinz; Geimer, Reinhold; Schütze, Rolf A.* (Hrsg.): Der internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Band II, München, Stand: November 2003.
- Bülow, Peter*: Zum internationalen Anwendungsbereich des deutschen Verbraucherkreditgesetzes, in: EuZW 1993, S. 435-437.
- Burnstein, Matthew*: A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment, in: Boele-Woelki, Katharina; Kessedjian, Catherine (Hrsg.): Internet – Which court decides? Which law applies? Quel tribunal décide? Quel droit s’applique?, 2. Auflage, Den Haag/London/Boston 2000, S. 23-34.
- Bydlinski, Peter*: Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, in: AcP 198 (1998), S. 287-328.

- Calliess, Christian; Ruffert, Matthias* (Hrsg.): Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage, Neuwied/Kriftel 2002.
- Cassell Dictionary and Thesaurus* (Hrsg.: Brown, Lesley u.a.), London 1999.
- Chissick, Michael*: Electronic Commerce: Law and Practice, 3. Auflage, London 2002.
- Christiansen, Per*: Selbstregulierung, regulatorischer Wettbewerb und staatliche Eingriffe im Internet, in: MMR 2000, S. 123-129.
- Cichon, Caroline*: Internetverträge, 2. Auflage, Köln 2005.
- Zur Anwendbarkeit des HWiG auf im Internet geschlossene Verträge, in: CR 1998, S. 773-776.
- Coester-Waltjen, Dagmar*: Die Bedeutung des EuGVÜ und des Luganer Abkommens für Drittstaaten, in: Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996 (Hrsg.: Heldrich, Andreas; Uchida, Takeyoshi), Tokio 1996, S. 89-115.
- Collins Cobuild English Dictionary for Advanced Learners* (Hrsg.: Sinclair, John), 3. Auflage, Glasgow 2001.
- Czeguhn, Ignacio*: Vertragsschluss im Internet, in: JA 2001, S. 708-713.
- Czernich, Dietmar; Heiss, Helmut*: Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen: EVÜ, Wien 1999.
- Czerwenka, G. Beate*: Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, Berlin 1988.
- Dethloff, Nina*: Europäisches Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs, in: JZ 2000, S. 179-185.
- Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, in: NJW 1998, S. 1596-1603.
- Deville, Rainer; Kalthegener, Regina*: Wege zum Handelsverkehr mit elektronischer Unterschrift, in: NJW-CoR 1997, S. 168-172.
- Dicey, Albert Venn; Morris, John Humphrey Carlile*: Dicey and Morris on the conflict of laws (Hrsg: Collins, Lawrence), Volume 2, 13. Auflage, London 2000.
- Diedrich, Frank*: Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf Softwareüberlassungsverträge, in: RIW 1993, S. 441-452.
- Autonome Auslegung von Internationalem Einheitsrecht – Computersoftware im Wiener Kaufrecht, Baden-Baden 1994.
- Diedrich, Kay*: Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform, in: CR 2002, S. 473-480.

- Dietrich, Christian*: Der Zugang einer per Email übermittelten Willenserklärung, in: K&R 2002, S. 138-142.
- Dohrn, Heike*: Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Internationalen Privatrecht, Tübingen 2004.
- Doucet, Michel; Fleck, Klaus E. W.*: Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil I: Französisch-Deutsch, 5. Auflage, München/Paris 1997.
- Drexel, Josef*: Verbraucherschutz und Electronic Commerce in Europa, in: Lehmann, Michael (Hrsg.): Electronic Business in Europa, München/Wien 2002, S. 473-525.
- Drobnig, Ulrich*: Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, in: Festschrift für F. A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. August 1977 (Hrsg.: Flume, Werner u.a.), München 1977, S. 591-615.
- Dumortier, Jos; Rinderle, Regina*: Umsetzung der Signaturrechtlinie in den europäischen Mitgliedstaaten, in: CRi 2001, S. 5-10.
- Duve, Christian*: Das Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung, in: BB 2002, Beilage 7, S. 6-12.
- Ebke, Werner F.*: Das Centros-Urteil des EuGH und seine Relevanz für das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht, in: JZ 1999, S. 656-661.
- Schuldrechtliche Teilzeitwohnrechte an Immobilien im Ausland und kein Widerrufsrecht: Zum Ende der Altfälle, in: IPRax 1998, S. 263-270.
- Ehricke, Ulrich*: Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist einer Richtlinie, in: EuZW 1999, S. 553-559.
- Eichhorn, Bert*: Internet-Recht: ein Lehrbuch für das Recht im World Wide Web, Köln 2000.
- Eidenmüller, Horst*: Hybride ADR-Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten, in: RIW 2002, S. 1-11.
- Elsing, Siegfried H.; McDonald, Kevin M.*: Webseitenanbieter aufgepasst! – Personal jurisdiction der US Courts, in: K&R 1999, S. 167-170.
- Eltzschig, Jan*: Art. 5 Nr. 1b EuGVO: Ende der Fortführung vom forum actoris und Erfüllungsortbestimmung lege causae?, in: IPRax 2002, S. 491-496.
- Endler, Maximilian; Daub, Jan*: Internationale Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht, in: CR 1993, S. 601-606.
- Engel, Friedrich-Wilhelm*: Mängelansprüche bei Software-Verträgen, in: BB 1985, S. 1159-1165.

- Erman, Walter; Westermann, Harm Peter* (Hrsg.): Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 11. Auflage, Münster 2004; Band 2, 11. Auflage, Münster 2004.
- Ernst, Stefan*: Der Mausclick als Rechtsproblem – Willenserklärungen im Internet, in: NJW-CoR 1997, S. 165-167
- Internet und Recht, in: JuS 1997, S. 776-782.
 - Verbraucherschutzrechtliche Aspekte des EU-Richtlinienvorschlags zum Electronic Commerce, in: VuR 1999, S. 397-405.
 - Verbraucherschutzrechtliche Aspekte des Internet, in: VuR 1997, S. 259-264.
 - Wirtschaftsrecht im Internet, in: BB 1997, S. 1057-1062.
- Erwand, Christine*: Forum non conveniens und EuGVÜ, Frankfurt am Main 1996.
- Fakes, Arthur*: The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Computer Software and Database Transactions, in: Software Law Journal 3 (1990), S. 559-614.
- Fallenböck, Markus*: Internet und Internationales Privatrecht – zu den internationalen Dimensionen des Rechts im Electronic Commerce, Wien 2001.
- Felke, Klaus*: Internationale Konsumentenkredite: Sonderanknüpfung des VerbrKrG über Art. 34 EGBGB?, in: RIW 2001, S. 30-37.
- Ferrari, Franco*: International Sale of Goods, Basel 1999.
- Fezer, Karl-Heinz; Koos, Stefan*: Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie, in: IPRax 2000, S. 349-354.
- Finger, Peter*: EuGVVO – eine erste Übersicht über die neue Regelung, in: MDR 2001, S. 1394-1399.
- Fischer, Ansgar; Machunsky, Jürgen*: Haustürwiderrufsgesetz, 2. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin 1995.
- Fischer, Gerfried*: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.10.1993 – XI ZR 42/93 (OLG Stuttgart), in: JZ 1994, S. 367-370.
- Das Kollisionsrecht der Verbraucherverträge jenseits von Art. 5 EVÜ, in: Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag (Hrsg.: Hübner, Ulrich; Ebke, Werner F.), Heidelberg 1999, S. 277-292.
- Forsthoff, Ulrich*: Abschied von der Sitztheorie, in: BB 2002, S. 318-321.
- EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht, in: DB 2002, S. 2471-2477.
- Franzen, Martin*: Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen in Arbeitsverträgen zwischen EuGVÜ und autonomem internationalem Zivilprozessrecht, in: RIW 2000, S. 81-88.

- Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Berlin 1999.
- Freitag, Robert; Leible, Stefan*: Ergänzung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes durch Art. 29a EGBGB, in: EWS 2000, 342-350.
- Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie – Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?, in: RIW 2001, S. 287-295.
 - Von den Schwierigkeiten der Umsetzung kollisionsrechtlicher Richtlinienbestimmungen, in: ZIP 1999, S. 1296-1301.
- Fricke, Martin*: Der Gerichtsstand des Vermögens – eine unendliche Geschichte?, in: IPRax 1991, S. 159-162.
- Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen revidiert, in: VersR 1999, S. 1055-1060.
 - Geschlichtet und verfristet?, in: VersR 2000, S. 1194-1199.
 - Internationale Zuständigkeit und Anerkennungszuständigkeit in Versicherungssachen nach europäischem und deutschem Recht, in: VersR 1997, S. 399-408.
 - Neues vom Vermögensgerichtsstand?, in: NJW 1992, S. 3066-3069.
- Fringuelli, Pietro Graf; Wallhäuser, Matthias*: Formerfordernisse beim Vertragsschluss im Internet, in: CR 1999, S. 93-101.
- Fritzsche, Jörg; Malzer, Hans M.*: Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, in: DNotZ 1995, S. 3-25.
- Fuchs, Andreas*: Zwingendes Verbraucherschutzrecht, in: Spindler, Gerald (Hrsg.): Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Auflage, Köln 2004, S. 97-184.
- Furche, Andreas; Wrightson, Graham*: Computer Money – Zahlungssysteme im Internet, Heidelberg 1997.
- Gandolfi, Giuseppe*: Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs, in: ZEuP 2002, S. 1-4.
- Ganssaue, Niklas*: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verbraucherverträgen im Internet, Tübingen 2004.
- Gebauer, Martin*: Drittstaaten- und Gemeinschaftsbezug im europäischen Recht der internationalen Zuständigkeit, in: ZEuP 2001, S. 943-962.
- Geimer, Reinhold*: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 13.7.2000 – C-412/98 – Group Josi ./ UGIC, in: EuLF 2000/01, S. 54-57.
- Eine neue internationale Zuständigkeitsordnung in Europa, in: NJW 1976, S. 441-446.
 - Internationales Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Köln 2005.

- Salut für die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (Brüssel-I-VO), in: IPRax 2002, S. 69-74.
 - Ungeschriebene Anwendungsgrenzen des EuGVÜ: Müssen Berührungspunkte zu mehreren Vertragsstaaten bestehen?, in: IPRax 1991, S. 31-35.
 - Zur Rechtfertigung des Vermögensgerichtsstandes, in: JZ 1984, S. 979-981.
- Geimer, Reinhold; Schütze, Rolf A.*: Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Auflage, München 2004.
- Geisler, Stephan*: Die engste Verbindung im Internationalen Privatrecht, Berlin 2001.
- Geyrhalter, Volker*: Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie – Good Bye „Daily Mail“?, in: EWS 1999, S. 201-203.
- Gierschmann, Sibylle*: Die E-Commerce-Richtlinie, in: DB 2000, S. 1315-1319.
- Gilles, Peter*: Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, in: NJW 1986, S. 1131-1147.
- Glatt, Christoph*: Vertragsschluss im Internet, in: ZUM 2001, S. 390-397.
- Glöckner, Jochen*: Wettbewerbsverstöße im Internet – Grenzen einer kollisionsrechtlichen Problemlösung, in: ZVglRWiss 99 (2000), S. 278-309.
- Goecke, Klaus*: Der internationale Warenkauf, in: MDR 2000, S. 63-67.
- Goldmann, Berthold*: Lex mercatoria, Deventer 1983.
- Goldschlager, Les; Lister, Andrew*: Informatik: eine moderne Einführung, 3. Auflage, München 1990.
- Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard* (Hrsg.): Kommentar zur Europäischen Union, Band I, München, Stand: Januar 2005; Band II, München, Stand: Januar 2005; Band III, München, Stand: Januar 2005.
- Grand Usuel Larousse: dictionnaire encyclopédique* (Hrsg.: Guillemot, Michel), Band IV, Paris 1997.
- Gravesen, Gavan G.; Dumortier, Jos; Eecke, Patrick van*: Die europäische Signaturrichtlinie – Regulative Funktion und Bedeutung der Rechtswirkung, in: MMR 1999, S. 577-585.
- Gringras, Clive*: The Laws of the Internet, London/Edinburgh/Dublin 1997.
- Groeben, Hans von der; Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1, 6. Auflage, Baden-Baden 2003; Band 4, 6. Auflage, Baden-Baden 2004.
- Gruber, Joachim*: Vertragsschluss im Internet unter kollisionsrechtlichen Aspekten, in: DB 1999, S. 1437-1442.
- Grüter, Karl*: Gerichtsstandsvereinbarung durch Korrespondenz im EWG-Handel, in: DB 1978, S. 381-386.

- Grundmann, Stefan*: Europäisches Vertragsrechtsübereinkommen, EWG-Vertrag und § 12 AGBG, in: IPRax 1992, S. 1-5.
- Harmonisierung, Europäischer Kodex, Europäisches System der Vertragsrechte, in: NJW 2002, S. 393-396.
 - Internationales Privatrecht als Verfassungsordnung, in: RIW 2002, S. 329-343.
 - Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts – insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?, in: ZEuP 1996, S. 399-424.
 - Zur internationalen Zuständigkeit der Gerichte von Drittstaaten nach Art. 16 EuGVÜ, in: IPRax 1985, S. 249-254.
- Gsell, Beate*: Autonom bestimmter Gerichtsstand am Erfüllungsort nach der Brüssel I-Verordnung, in: IPRax 2002, S. 484-491.
- Hähnchen, Susanne*: Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, in: NJW 2001, S. 2831-2834.
- Halen, Curt Christian von*: Der Streit um die Sitztheorie vor der Entscheidung?, in: EWS 2002, S. 107-115.
- Hamann, Andreas*: Der Entwurf einer E-Commerce-Richtlinie unter rundfunkrechtlichen Gesichtspunkten, in: ZUM 2000, S. 290-297.
- Härting, Niko*: Gesetzesentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, in: CR 2001, S. 271-277.
- Internetrecht, 2. Auflage, Köln 2005.
 - Referentenentwurf für neues Fernabsatzgesetz, in: CR 1999, S. 507-511.
 - Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, in: DB 2001, S. 80-82.
- Hartley, Trevor Clayton*: The foundations of European Community Law, 3. Auflage, Oxford 1994.
- Hassemer, Michael*: Elektronischer Geschäftsverkehr im Regierungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: MMR 2001, S. 635-640.
- Hau, Wolfgang*: Der Vertragsgerichtsstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption, in: IPRax 2000, S. 354-361.
- Hausmann, Rainer*: Die Revision des Brüsseler Übereinkommens von 1968 – Teil I: Internationale Zuständigkeit, in: EuLF 2000/01, S. 40-49.
- Heermann, Peter*: Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Probleme bei der E-Mail-Nutzung, in: K&R 1999, S. 6-14.

Heiderhoff, Bettina: Das Vertragsstatut, in: JA 2002, S. 246-253.

Heiss, Helmut: Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischem Internationalem Privatrecht?, in: RabelsZ 65 (2001), S. 634-653.

Hennemann, Marc Samuel: AGB-Kontrolle im UN-Kaufrecht aus deutscher und französischer Sicht, Diss. Tübingen 2001.

Herber, Rolf; Czerwenka, Beate: Internationales Kaufrecht, München 1991.

Herget, Harald von; Reimer, Mathias: Rechtsformen und Inhalte von Verträgen im Online-Bereich, in: DStR 1996, S. 1288-1294.

Herwig, Volker: Zugang und Zustellung in elektronischen Medien, in: MMR 2001, S. 145-149.

Heß, Burkhard: Aktuelle Perspektiven der europäischen Prozessrechtsangleichung, in: JZ 2001, S. 573-583.

- Die begrenzte Freizügigkeit einstweiliger Maßnahmen im Binnenmarkt II – weitere Klarstellungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: IPRax 2000, S. 370-374.
- Die „Europäisierung“ des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag – Chancen und Gefahren, in: NJW 2000, S. 23-32.
- Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen EuGVÜ und ZPO, in: IPRax 1992, S. 358-361.
- Rechtsfragen des Vorabentscheidungsverfahrens, in: RabelsZ 66 (2002), S. 470-502.
- Steht das geplante weltweite Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommen vor dem Aus?, in: IPRax 2000, S. 342-343.

Heun, Sven-Erik: Die elektronische Willenserklärung, in: CR 1994, S. 595-600.

Hoenicke, Mark; Hülsdunk, Lutz: Die Gestaltung von Fernabsatzangeboten im elektronischen Geschäftsverkehr nach neuem Recht, in: MMR 2002, S. 415-420.

Hoeren, Thomas: Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf, in: CR 1988, S. 908-917.

- E-Business und die Rezession: Was wird vom elektronischen Handel bleiben?, in: NJW 2002, S. 37.
- Grundzüge des Internetrechts, 2. Auflage, München 2002.
- Rechtsfragen des Internet: ein Leitfaden für die Praxis, Köln 1998.
- Softwareüberlassung als Sachkauf: ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware, München 1989.
- Softwareüberlassung als Sachkauf – Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 4. November 1987, in: RDV 1988, S. 115-120.
- Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht, in: GRUR 1988, S. 340-349.

- Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce – Eine erste kritische Analyse, in: MMR 1999, S. 192-199.
- Hoeren, Thomas; Oberscheidt, Jörn*: Verbraucherschutz im Internet, in: VuR 1999, S. 371-387.
- Hoffmann, Bernd von*: Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereich, in: IPRax 1989, S. 261-271.
- Hoffmann, Bernd von; Thorn, Karsten*: Internationales Privatrecht, 8. Auflage, München 2005.
- Hoffmann, Helmut*: Die Entwicklung des Internet-Rechts, in: NJW 2001, Beilage zu Heft 14, S. 1-39.
- Hofstetter-Schnellmann, Madeleine*: Die Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Lugano-Übereinkommen, Diss. Basel 1992.
- Holl, Volker H.*: Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegungszuständigkeit im Vorabentscheidungsverfahren?, in: IPRax 1996, S. 174-177.
- Holthausen, Rüdiger*: Vertraglicher Ausschluss des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, in: RIW 1989, S. 513-518.
- Honnold, John O.*: Documentary history of the uniform law for international sales, Deventer 1989.
- Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention, 3. Auflage, Den Haag 1999.
- Honsell, Heinrich* (Hrsg.): Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin/Heidelberg/New York 1997.
- Horn, Christian*: Verbraucherschutz bei Internetgeschäften, in: MMR 2002, S. 209-214.
- Horn, Norbert*: Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, in: NJW 2004, S. 893-901.
- Hoyer, Hans Heinz; Posch, Willibald* (Hrsg.): Das Einheitliche Wiener Kaufrecht: neues Recht für den internationalen Warenkauf, Wien 1992.
- Hüßtege, Rainer*: Internationales Privatrecht, 3. Auflage, München 1999.
- Jacobs, Edward J.*: The battle of the forms: standard term contracts in comparative perspective, in: ICLQ 34 (1985), S. 297-316.
- Jametti Greiner, Monique*: Die Revision des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens, in: AJP 1999, S. 1135-1139.

- Jayme, Erik*: Allgemeine Geschäftsbedingungen und internationales Privatrecht, in: ZHR 142 (1978), S. 104-123.
- Europäisches Kollisionsrecht: Neue Aufgaben, neue Techniken, in: Hommelhoff, Peter; Jayme, Erik; Manegold, Werner (Hrsg.): Europäischer Binnenmarkt – Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung, Heidelberg 1995, S. 35-49.
 - Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag (Hrsg.: Pfister, Bernhard; Will, Michael R.), Tübingen 1991, S. 435-439.
- Jayme, Erik; Kohler, Christian*: Europäisches Kollisionsrecht 1995 – Der Dialog der Quellen, in: IPRax 1995, S. 343-354.
- Europäisches Kollisionsrecht 1999 – Die Abendstunde der Staatsverträge, in: IPRax 1999, S. 401-413.
 - Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?, in: IPRax 2001, S. 501-514.
 - Europäisches Kollisionsrecht 2002: Zur Wiederkehr des Internationalen Privatrechts, in: IPRax 2002, S. 461-471.
 - Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe, in: IPRax 2004, S. 481-493.
- Johnson, David R.; Post, David*: Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace, in: Stanford Law Review 48 (1996), S. 1367-1402.
- Juenger, Friedrich K.*: Eine Haager Konvention über die Urteilsanerkennung?, in: Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz (Hrsg.: Schack, Haimo), München 2000, S. 329-345.
- Jung, Alexander*: Der größte Markt der Welt, in: Der Spiegel vom 17.4.2000, S. 84-87.
- Jung, Harald*: Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit nach dem EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs. 2 ZPO, Bochum 1980.
- Jung, Peter*: Die Bedeutung der Selbstregulierung für das Lauterkeitsrecht in internationalen Computernetzwerken, in: GRUR Int 1998, S. 841-851.
- Rechtsfragen der Online-Schiedsgerichtsbarkeit, in: K&R 1999, S. 63-70.
- Junker, Abbo*: Empfiehlt es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren?, in: IPRax 2000, S. 65-73.
- Internationales Privatrecht, München 1998.
 - Internationales Vertragsrecht im Internet, in: RIW 1999, S. 809-818.

- Ist Software Ware?, Teil 1, in: WM 1988, S. 1217-1221; Teil 2, in: WM 1988, S. 1249-1255.
- Vom Brüsseler Übereinkommen zur Brüsseler Verordnung – Wandlungen des Internationalen Zivilprozessrechts, in: RIW 2002, S. 569-577.
- Vom Citoyen zum Consommateur – Entwicklungen des internationalen Verbraucherschutzrechts, in: IPRax 1998, S. 65-74.

Kaiser, Andreas; Voigt, Dennis: Vertragsschluss und Abwicklung des Electronic Commerce im Internet – Chancen und Risiken, in: K&R 1999, S. 445-453.

Kalanke, Irène: Schiedsgerichtsbarkeit und schiedsgerichtsähnliche Verfahren im Internet: eine rechtsvergleichende Analyse der Online-Schiedspraxis weltweit, Hamburg 2004.

Kamanabrou, Sudabeh: Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie für die Einbeziehung von AGB bei Online-Rechtsgeschäften, in: CR 2001, S. 421-425.

Kapnopoulou, Elissavet N.: Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, Tübingen 1997.

Kappus, Andreas: „Lex mercatoria“ als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht, in: IPRax 1993, S. 137-142.

Karollus, Martin: UN-Kaufrecht: eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, Wien 1991.

Kartzke, Ulrich: Renvoi und Sinn der Verweisung, in: IPRax 1988, S. 8-13.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle: Internet: mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges?, in: Boele-Woelki, Katharina; Kessedjian, Catherine (Hrsg.): Internet – Which court decides? Which law applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?, 2. Auflage, Den Haag/London/Boston 2000, S. 89-142.

Kegel, Gerhard; Schurig, Klaus: Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2004.

Kennett, Wendy: The Brussels I Regulation, in: ICLQ 50 (2001), S. 725-737.

Kerameus, Konstantinos; Prütting, Hanns: Die Revision des EuGVÜ – Bericht über ein Grotius-Projekt, in: ZZP Int 3 (1998), S. 265-271.

Kienle, Florian: Eine ökonomische Momentaufnahme zu Art. 5 Nr. 1 lit. b) EuGVVO, in: IPRax 2005, S. 113-116.

Killias, Laurent: Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen, Zürich 1993.

- Kindler, Peter*: Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? – Die „Centros“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, in: NJW 1999, S. 1993-2000.
- Zur Anknüpfung von Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen im neuen bundesdeutschen IPR, in: RIW 1987, S. 660-666.
- Kleinstück, Till*: Due Process-Beschränkungen des Vermögensgerichtsstandes durch hinreichenden Inlandsbezug und Minimum Contacts, München 1994.
- Kliemt, Michael*: Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser? Internet- und E-Mail-Nutzung von Mitarbeitern, in: AuA 2001, S. 532-538.
- Klimek, Oliver; Sieber, Stefanie*: Anwendbares Recht beim Vertrieb digitalisierbarer Waren über das Internet am Beispiel der Softwareüberlassung, in: ZUM 1998, S. 902-908.
- Klotz, Robert*: Kreditvergabe durch deutsche Banken und Verbraucherschutz in Frankreich, in: RIW 1997, S. 197-201.
- Knies, Jörg Thomas*: Ertragsbesteuerung der Internetprovider, Frankfurt am Main 2003.
- Koch, Frank A.*: Internet-Recht, München 1998.
- Koch, Harald*: Kanadische Versicherungen gegen europäische Rückversicherer: Zuständigkeit nach EuGVÜ?, in: NVersZ 2001, S. 60-61.
- Koch, Robert*: Einbeziehung und Abwehr von Verkaufs-AGB im b2b-commerce, in: K&R 2001, S. 87-91.
- Zur Vereinbarkeit des Erfordernisses „hinreichender Inlandsbezug des Rechtsstreits“ gemäß § 23 ZPO mit dem Gemeinschaftsrecht, in: IPRax 1997, S. 229-233.
- Köhler, Helmut*: Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), in: NJW 1998, S. 185-190.
- Rechtsfragen zum Softwarevertrag, in: CR 1987, S. 827-835.
- Köhler, Markus; Arndt, Hans-Wolfgang*: Recht des Internet: Eine Einführung, 4. Auflage, München 2003.
- Koehler, Philipp*: Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internet, in: MMR 1998, S. 289-294.
- König, Michael*: Computerprogramme und Datensammlungen als materielle Wirtschaftsgüter, in: DB 1989, Beilage 13, S. 26-29.
- Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i.S. des § 90 BGB, in: NJW 1989, S. 2604-2605.
 - Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf, in: NJW 1993, S. 3121-3134.

- Kohler, Christian*: Die Revision des Brüsseler und des Luganer Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen – Generalia und Gerichtsstandsproblematik, in: Gottwald, Peter (Hrsg.): Revision des EuGVÜ, Bielefeld 2000, S. 1-35.
- Gerichtsstandsklauseln in fremdsprachigen AGB: Das Clair-obscur des Art. 17 EuGVÜ, in: IPRax 1991, S. 299-302.
 - Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen: Liberalität und Rigorismus im EuGVÜ, in: IPRax 1983, S. 265-272.
- Kort, Michael*: Software – eine Ware?, in: DB 1994, S. 1505-1509.
- Kotthoff, Jost*: Die Anwendbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts auf Werbemaßnahmen im Internet, in: CR 1997, S. 676-683.
- Softwareerstellung-Verträge nach der Schuldrechtsmodernisierung, in: K&R 2002, S. 105-110.
- Kramer, Ernst A.*: Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, in: SJZ 81 (1985), S. 17-25.
- Kretschmar, Christian*: Die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das deutsche AGB-Gesetz, Frankfurt am Main 1998.
- Kröll, Stefan*: Das Formerfordernis bei Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 17 LugÜ – Unwirksamkeit trotz materieller Einigung?, in: IPRax 2002, S. 113-116.
- Gerichtsstandsvereinbarungen aufgrund Handelsbrauchs im Rahmen des GVÜ, in: ZZP 113 (2000), S. 135-159.
- Kröll, Stefan; Hennecke, Rudolf*: Kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen in internationalen Kaufverträgen, in: RIW 2001, S. 736-743.
- Kronke, Herbert*: Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR, in: RIW 1996, S. 985-993.
- Zur Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verkehr mit Auslandsberührung, in: NJW 1977, S. 992-993.
- Kropholler, Jan*: Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2002; 6. Auflage, Heidelberg 1998.
- Internationales Privatrecht, 5. Auflage, Tübingen 2004.
- Kropholler, Jan; Hinden, Michael von*: Die Reform des europäischen Gerichtsstands am Erfüllungsort (Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ), in: Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz (Hrsg.: Schack, Haimo), München 2000, S. 401-414.

- Krüger, Thomas; Bütter, Michael*: Elektronische Willenserklärungen im Bankgeschäftsverkehr: Risiken des Online-Banking, in: WM 2001, S. 221-231.
- Kubis, Sebastian*: Gerichtsstand am Erfüllungsort: Erneute Enttäuschung aus Luxemburg, in: ZEuP 2001, S. 737-752.
- Kuner, Christopher*: Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet, in: CR 1996, S. 453-458.
- Lafontaine, Christoph*: UN-Übereinkommen zum E-Commerce: Garant der Rechtssicherheit oder überflüssige Systemwidrigkeit?, in: CR 2004, S. 229-236.
- Landfermann, Hans-Georg*: Internet-Werbung und IPR, in: Festschrift 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (Hrsg.: Basedow, Jürgen u.a.), Tübingen 2001, S. 503-515.
- Lando, Ole*: Der Aktionsplan der EG-Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, in: RIW 2005, S. 1-6.
- Does the European Union need a Civil Code?, in: RIW 2003, S. 1-2.
 - The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales, in: *RabelsZ* 51 (1987), S. 60-85.
- Lange, Knut Werner*: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 9.3.1999 – Rs. C-212/97, in: DNotZ 1999, S. 599-607.
- Langen, Eugen*: Transnationales Recht, Heidelberg 1981.
- Lauklien, Annette-Tabea; Varadinek, Brigitta*: Der Vertragsabschluss im Internet, in: ZUM 2000, S. 466-472.
- Lehmann, Michael*: Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz – Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission, in: ZUM 1999, S. 180-184.
- Leible, Stefan*: Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht – Startschuss für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch?, in: EWS 2001, S. 471-481.
- Leible, Stefan; Hoffmann, Jochen*: „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, in: RIW 2002, S. 925-936.
- Leipold, Dieter*: Internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort – das Neueste aus Luxemburg und Brüssel, in: Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz (Hrsg.: Schack, Haimo), München 2000, S. 431-453.
- Leupold, Andreas; Bräutigam, Peter; Pfeiffer, Markus*: Von der Werbung zur kommerziellen Kommunikation: Die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen im Internet, in: WRP 2000, S. 575-598.

- Lindacher, Walter F.:* Schiedsklauseln und allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, in: Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag am 6. April 1989 (Hrsg.: Lindacher, Walter F. u.a.), Bielefeld 1989, S. 167-175.
- Lindenmayr, Barbara:* Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit und das darauf anwendbare Recht, Berlin 2002.
- Linhart, Karin:* Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung, Tübingen 2005.
- Linke, Hartmut:* Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 6.10.1976 – Rs. 14/76, in: RIW 1977, S. 43-47.
- Löhnig, Martin:* Die Einbeziehung von AGB bei Internet-Geschäften, in: NJW 1997, S. 1688-1689.
- Lohmann, Arnd:* Parteiautonomie und UN-Kaufrecht, Tübingen 2005.
- Longman Dictionary of Contemporary English* (Hrsg.: Summers, Della; Gadsby, Adam), 3. Auflage, Harlow 1995.
- Loock-Wagner, Oliver:* Das Internet und sein Recht, Stuttgart/Berlin/Köln 2000.
- Lorenz, Egon:* Die Auslegung schlüssiger und ausdrücklicher Rechtswahlerklärungen im internationalen Schuldvertragsrecht, in: RIW 1992, S. 679-706.
- Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, in: RIW 1987, S. 569-584.
 - Zum neuen internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht, in: Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag (Hrsg.: Musielak, Hans-Joachim; Schurig, Klaus), Stuttgart/Berlin/Köln/Bonn 1987, S. 303-341.
- Lorenz, Werner:* Die Lex Mercatoria: Eine internationale Rechtsquelle?, in: Festschrift für Karl Neumayer zum 65. Geburtstag (Hrsg.: Barfuß, Werner u.a.), Baden-Baden 1985, S. 407-429.
- Kollisionsrecht des Verbraucherschutzes: Anwendbares Recht und internationale Zuständigkeit, in: IPRax 1994, S. 429-431.
 - Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht, in: IPRax 1987, S. 269-276.
- Lubitz, Markus:* Electronic Contracts: A view across the Channel – The English Perspective, in: K&R 2001, S. 96-103.
- Jurisdiction and Choice of Law for Electronic Contracts: an English Perspective, in: CRi 2001, S. 39-45.
- Lüderitz, Alexander:* Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin 1992.
- Internationaler Verbraucherschutz in Nöten, in: IPRax 1990, S. 216-219.

Lurger, Brigitta: Internationales Deliktsrecht und Internet – ein Ausgangspunkt für grundlegende Umwälzungen im Internationalen Privatrecht?, in: Festschrift 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (Hrsg.: Basedow, Jürgen u.a.), Tübingen 2001, S. 479-501.

Lurger, Brigitta; Vallant, Sonja Maria: Die österreichische Umsetzung des Herkunftslandprinzips der E-Commerce-Richtlinie, in: MMR 2002, S. 203-209.

- Grenzüberschreitender Wettbewerb im Internet, in: RIW 2002, S. 188-202.

Mäsch, Gerald: Die Time-Sharing-Richtlinie, in: EuZW 1995, S. 8-14.

Magnus, Ulrich: Das UN-Kaufrecht – aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechungspraxis, in: ZEuP 2002, S. 523-541.

Mankowski, Peter: Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 14.1.1994 – 17 U 129/93, in: RIW 1994, S. 421.

- Das Grünbuch zur Rom I-Verordnung, in: ZEuP 2003, S. 483-489.

- Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der e-commerce-Richtlinie, in: ZVglRWiss 100 (2001), S. 137-181.

- Das Herkunftslandprinzip des E-Commerce-Rechts als Internationales Privatrecht, in: EWS 2002, S. 401-410.

- Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, in: RabelsZ 63 (1999), S. 203-294.

- E-Commerce und Internationales Verbraucherschutzrecht, in: MMR 2000, Beilage zu Heft 7, S. 22-37.

- Herkunftslandprinzip und deutsches Umsetzungsgesetz zur e-commerce-Richtlinie, in: IPRax 2002, S. 257-266.

- Herkunftslandprinzip und Günstigkeitsvergleich in § 4 TDG-E, in: CR 2001, S. 630-641.

- Internationales Privatrecht, in: Spindler, Gerald; Wiebe, Andreas (Hrsg.): Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2. Auflage, München 2005, S. 435-514.

- Internet und besondere Aspekte des Internationalen Vertragsrechts, Teil I, in: CR 1999, S. 512-523; Teil 2, in: CR 1999, S. 581-589.

- Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, in: GRUR Int 1999, S. 909-921.

- Keine Sonderanknüpfung deutschen Verbraucherschutzrechts über Art. 34 EGBGB, in: DZWIR 1996, S. 273-281.

- Rechtssicherheit, Einzelfallgerechtigkeit und Systemgerechtigkeit bei der objektiven Anknüpfung im Internationalen Schuldvertragsrecht – Zur Reichweite des Artikel 4 Absatz 5 EVÜ, in: ZEuP 2002, S. 804-822.
 - Strukturfragen des internationalen Verbrauchervertragsrechts, in: RIW 1993, S. 453-463.
 - Verbraucherschutzrechtliche Widerrufsbelehrung und Sprachrisiko, in: VuR 2001, S. 359-370.
 - Versicherungsverträge zu Gunsten Dritter, Internationales Privatrecht und Art. 17 EuGVÜ, in: IPRax 1996, S. 427-432.
 - Wider ein transnationales Cyberlaw, in: AfP 1999, S. 138-143.
 - Zur Auslegung des Art. 13 EuGVÜ, in: RIW 1997, S. 990-993.
 - § 12 AGBG im System des Internationalen Verbrauchervertragsrechts, in: BB 1999, S. 1225-1230.
- Mark, Jürgen; Ziegenhain, Hans-Jörg:* Der Gerichtsstand des Vermögens im Spannungsfeld zwischen Völkerrecht und deutschem internationalem Prozessrecht, in: NJW 1992, S. 3062-3066.
- Markus, Alexander R.:* Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten, in: SZW 1999, S. 205-232.
- Marly, Jochen P.:* Die Qualifizierung der Computerprogramme als Sache nach § 90 BGB, in: BB 1991, S. 432-436.
- Martiny, Dieter:* Europäisches Internationales Vertragsrecht – Ausbau und Konsolidierung, in: ZEuP 1999, S. 246-270.
- Europäisches Internationales Vertragsrecht – Erosion der Römischen Konvention?, in: ZEuP 1997, S. 107-129.
 - Internationales Vertragsrecht im Schatten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: ZEuP 2001, S. 308-336.
- Mayer, Franz C.:* Recht und Cyberspace, in: NJW 1996, S. 1782-1791.
- McKendrick, Ewan:* Contract Law, 4. Auflage, Basingstoke/New York 2000.
- Medicus, Dieter:* Bürgerliches Recht, 20. Auflage, Köln/Berlin/München 2004.
- Meents, Jan-Geert:* Verbraucherschutz bei Haustürgeschäften im Internet, in: K&R 1999, S. 53-63.
- Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet, Köln 1998.
- Mehren, Arthur T. von:* The Hague Jurisdiction and Enforcement Convention Project Faces an Impasse – A Diagnosis and Guidelines for a Cure, in: IPRax 2000, S. 465-468.

- Mehrings, Josef*: Computersoftware und Mängelhaftung, in: GRUR 1985, S. 189-197.
- Internet-Verträge und Internationales Vertragsrecht, in: CR 1998, S. 613-621.
 - Verbraucherschutz im Cyberlaw: Zur Einbeziehung von AGB im Internet, in: BB 1998, S. 2373-2380.
 - Verträge mit Usern, in: Hoeren, Thomas; Sieber, Ulrich (Hrsg.): Handbuch Multimedia-recht, Teil 13.1, München, Stand: September 2004.
 - Vertragsabschluss im Internet, in: MMR 1998, S. 30-33.
- Meilicke, Wienand*: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 9.3.1999 – Rs. C-212/97; Centros Ltd. / Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, in: DB 1999, S. 627-628.
- Mertens, Hans-Joachim*: Das Lex mercatoria-Problem, in: Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996 (Hrsg.: Böttcher, Reinhard; Hueck, Götz; Jähne, Burkhard), Berlin/New York 1996, S. 857-872.
- Meub, Michael*: Fernabsatz und E-Commerce nach neuem Recht, in: DB 2002, S. 359-363.
- Meyer, Rudolf*: Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition, Göttingen 1994.
- Meyer-Sparenberg, Wolfgang*: Rechtswahlvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: RIW 1989, S. 347-351.
- Michaels, Ralf; Kamann, Hans-Georg*: Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts – „Amerikanisierung“ des Gemeinschafts-IPR?, in: EWS 2001, S. 301-311.
- Micklitz, Hans-W.*: Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, in: ZEuP 1999, S. 875-902.
- Fernabsatz und E-Commerce im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: EuZW 2001, S. 133-143.
- Micklitz, Hans-W.; Reich, Norbert*: Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie, in: BB 1999, S. 2093-2101.
- Micklitz, Hans-W.; Rott, Peter*: Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001, in: EuZW 2001, S. 325-334.
- Moritz, Hans-Werner*: Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr?, in: CR 2000, S. 61-72.
- Moritz, Heinz-Peter*: Kaufrecht und neue Medien, in: JA 1999, S. 720-723.
- Morse, Christopher George John*: The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, in: Yb.Eur.L. 2 (1982), S. 107-171.
- Möglich, Andreas*: Neue Formvorschriften für den E-Commerce, in: MMR 2000, S. 7-13.
- Müller, Carsten*: Internationales Privatrecht und Internet, in: Hoeren, Thomas; Queck, Robert (Hrsg.): Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, Berlin 1999, S. 259-287.

Müller, Gerd: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 14.12.1976 – Rs. 24/76, in: RIW 1977, S. 163-165.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.: Rebmann, Kurt; Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland u.a.), Band 2a, 4. Auflage, München 2003; Band 10, 3. Auflage, München 1998.

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (Hrsg.: Lüke, Gerhard; Wax, Peter u.a.), Band 1, 2. Auflage, München 2000; Band 3, 2. Auflage, München 2001; Aktualisierungsband, 2. Auflage, München 2002.

Murray, Andrew D.: Entering Into Contracts Electronically: The Real W.W.W., in: Edwards, Lilian; Waelde, Charlotte (Hrsg.): Law and the Internet, 2. Auflage, Oxford 2000.

Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage, München 2005; 2. Auflage, München 2000.

Nagel, Heinrich; Gottwald, Peter: Internationales Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Münster 2002.

Nasall, Wendt: Verbraucherschutz durch europäisches Verfahrensrecht, in: WM 1993, S. 1950-1955.

Nemeth, Kristin; Rudisch, Bernhard: EuGH 9.11.2000 Rs. C-381/98 „Ingmar“ – wichtige Klärungen im europäischen IPR, in: ZfRV 2001, S. 179-183.

Neumayer, Karl H.: Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen und die sogenannte „battle of the forms“, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger (Hrsg.: Habscheid, Walther J. u.a.), Bern 1989, S. 501-526.

- Offene Fragen zur Anwendung des Abkommens der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf, in: RIW 1994, S. 99-109.

Neye, Hans-Werner: Kurzkomentar zum Urteil des EuGH vom 9.3.1999 – Rs. C-212/97, in: EWIR 1999, S. 259-260.

Nickels, Sven: Der elektronische Geschäftsverkehr und das Herkunftslandprinzip, in: DB 2001, S. 1919-1923.

- Neues Bundesrecht für den E-Commerce, in: CR 2002, S. 302-309.

Nowak, Ulrich: Der elektronische Vertrag – Zustandekommen und Wirksamkeit unter Berücksichtigung des neuen „Formvorschriftenanpassungsgesetzes“, in: MDR 2001, S. 841-844.

Ohly, Ansgar: Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht, in: GRUR Int 2001, S. 899-908.

- Osthaus, Wolf*: Die Renaissance des Privatrechts im Cyberspace, in: AfP 2001, S. 13-23.
- Oxford Advanced Learner's Dictionary* (Hrsg.: Wehmeier, Sally; Ashby, Michael), 6. Auflage, Oxford 2000.
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, München 2005; 61. Auflage, München 2002.
- Petersen, Jens*: Allgemeiner Teil des BGB und Internet, in: Jura 2002, S. 387-390.
- Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Hrsg.: Cottez, Henri; Rey-Debove, Josette; Rey, Alain), 2. Auflage, Paris 1992.
- Petzinger, Walter F.*: „Battle of Forms“ und Allgemeine Geschäftsbedingungen im amerikanischen Recht, in: RIW 1988, S. 673-680.
- Pfeiffer, Thomas*: Die Entwicklung des Internationalen Vertrags-, Schuld- und Sachenrechts in den Jahren 1995/96, in: NJW 1997, S. 1207-1216.
- Die Entwicklung des Internationalen Vertrags-, Schuld- und Sachenrechts 1997-1999, in: NJW 1999, S. 3674-3687.
 - Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie, in: Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag (Hrsg.: Geimer, Reinhold), München 1999, S. 671-683.
 - Halbseitig fakultative Gerichtsstandsvereinbarungen in stillschweigend vereinbarten AGB?, in: IPRax 1998, S. 17-25.
- Pichler, Rufus*: Internationale Gerichtszuständigkeit im Online-Bereich, in: Hoeren, Thomas; Sieber, Ulrich (Hrsg.): Handbuch Multimediarecht, Teil 31, München, Stand: September 2004.
- Internationale Zuständigkeit im Online-Bereich, in: Innenhauser, Martin; Wichtermann, Jörg (Hrsg.): Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1998: Vernetzte Welt – globales Recht, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 1999, S. 229-253.
- Piltz, Burghard*: Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach dem EuGVÜ, in: NJW 1981, S. 1876-1878.
- Internationales Kaufrecht – Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung, München 1993.
 - Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, in: NJW 1996, S. 2768-2771.
 - Vom EuGVÜ zur Brüssel I-Verordnung, in: NJW 2002, S. 789-794.
- Pirrung, Jörg*: Internationales Privat- und Verfahrensrecht, München 1987.
- Portner, Rosemarie*: Betriebsstätte durch grenzüberschreitende Internet-Transaktionen?, in: IStR 1998, S. 553-562.

- Primak, L. Scott*: Computer Software: Should the U.N. Convention on Contracts für the International Sale of Goods apply? A contextual approach to the question, in: *Computer/Law Journal* 11 (1991), S. 197-231.
- Probst, Peter; Kleinert, Jens*: Schein-Auslandsgesellschaften – Erneute Betonung der Niederlassungsfreiheit durch den EuGH, in: *MDR* 2003, S. 1265-1268.
- Putzo, Hans*: Anmerkung zum Beschluss des AG Berlin-Charlottenburg vom 23.12.1974 – 7 C 785/74 B, in: *NJW* 1975, S. 502-503.
- Rau, Markus*: „Minimum Contacts“ und „Personal Jurisdiction“ über auswärtige Gesellschaften im Cyberspace, in: *RIW* 2000, S. 761-772.
- Rauscher, Thomas*: Gerichtsstandsbeeinflussende AGB im Geltungsbereich des EuGVÜ, in: *ZZP* 104 (1991), S. 271-320.
- Gran Canaria – Isle of Man – Was kommt danach?, in: *EuZW* 1996, S. 650-653.
 - Internationales und Europäisches Zivilverfahrensrecht, Heidelberg 1999.
 - Prorogation und Vertragsgerichtsstand gegen Rechtsscheinhaftende, in: *IPRax* 1992, S. 143-147.
 - Sachnormverweisungen aus dem Sinn der Verweisung, in: *NJW* 1988, S. 2151-2154.
 - Verpflichtung und Erfüllungsort in Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ unter besonderer Berücksichtigung des Vertragshändlervertrages, München 1984.
- Reed, Christopher*: *Internet Law: Text and Materials*, London 2000.
- Regaldo, Federico*: Cyberspace-Recht und nationales Recht, in: *EuLF* 2000/01, S. 112-117.
- Reich, Norbert; Gambogi Carvalho, Ana Paula*: Gerichtsstand bei internationalen Verbrauchervertragsstreitigkeiten im e-commerce – Die EG-Verordnung 44/2001 vom 22.12.2000 und der Haager Konventionsentwurf über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, in: *VuR* 2001, S. 269-280.
- Reich, Norbert; Nordhausen, Annette*: *Verbraucher und Recht im elektronischen Geschäftsverkehr*, Baden-Baden 2000.
- Reimann, Mathias; Hahn, Anne-Catherine*: Die Revision des US-amerikanischen Kaufrechts, in: *IPRax* 2004, S. 146-150.
- Reinhart, Gert*: *UN-Kaufrecht*, Heidelberg 1991.
- Zur Auslegung des Begriffs „Verbraucher“ im Kollisionsrecht, in: *Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag* (Hrsg.: Westphalen, Friedrich Graf von; Sandrock, Otto), Heidelberg 1995, S. 657-667.

- Reinmüller, Bernd*: Das Schweigen als Vertragsannahme unter besonderer Berücksichtigung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Mainz 1976.
- Reithmann, Christoph; Martiny, Dieter* (Hrsg.): Internationales Vertragsrecht, 5. Auflage, Köln 1996.
- Richter, Hartmut*: Die Rechtsstellung ausländischer Kapitalgesellschaften in England, Diss. Münster 1980.
- Risse, Jörg*: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 9.3.1999 – Rs. C-212/97 („Centros Ltd.“), in: MDR 1999, S. 752-754.
- Rosenberg, Leo; Schwab, Karl H.; Gottwald, Peter*: Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004.
- Roßnagel, Alexander*: Weltweites Internet – globale Rechtsordnung?, in: MMR 2002, S. 67-71.
- Roth, Birgit; Schulze, Götz*: Verbraucherschutz im Electronic Commerce, in: RIW 1999, S. 924-933.
- Roth, Herbert*: Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 17 EuGVÜ und kartellrechtliches Derogationsverbot, in: IPRax 1992, S. 67-69.
- Rott, Peter*: Bedrohung des Verbraucherschutzes im Internationalen Verfahrens- und Privatrecht durch den Binnenmarkt, in: EuZW 2005, S. 167-170.
- Die Auswirkungen des Signaturgesetzes auf die rechtliche Behandlung von elektronischem Datenmanagement und Datenaustausch – eine Prognose, in: NJW-CoR 1998, S. 420-429.
 - Informationspflichten in Fernabsatzverträgen als Paradigma für die Sprachenproblematik im Vertragsrecht, in: ZVglRWiss 98 (1999), S. 382-409.
- Rudisch, Bernhard*: Der Beitritt Österreichs zum Römer Schuldvertragsübereinkommen: Gründe, Hintergründe und Konsequenzen, in: RabelsZ 63 (1999), S. 70-106.
- Rüßmann, Helmut*: Internationalprozessrechtliche und internationalprivatrechtliche Probleme bei Vertragsschlüssen im Internet unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzes, in: Tauss, Jörg; Kollbeck, Johannes; Mönikes, Jan (Hrsg.): Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1996, S. 709-737.
- Verbraucherschutz im Internet, in: K&R 1998, S. 129-137.
- Rummel, Peter* (Hrsg.): Kommentar zum ABGB, 1. Band, 2. Auflage, Wien 1990.
- Ruoff, Axel*: E-Commerce und Verbraucherschutz – Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderufgesetzes im Internet, in: NJW-CoR 2000, S. 38-42.

Sack, Rolf: Das internationale Wettbewerbsrecht nach der E-Commerce-Richtlinie (ECRL), in: WRP 2001, S. 1408-1425.

- Herkunftslandprinzip und internationale elektronische Werbung nach der Novellierung des Teledienstgesetzes (TDG), in: WRP 2002, S. 271-283.

Saenger, Ingo: Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVÜ und LugÜ, in: ZZZP 110 (1997), S. 477-498.

Samtleben, Jürgen: Europäische Gerichtsstandsvereinbarungen und Drittstaaten – viel Lärm um nichts?, in: RabelsZ 59 (1995), S. 670-712.

- Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem EWG-Übereinkommen und nach der Gerichtsstandsnovelle, in: NJW 1974, S. 1590-1596.

Sandrock, Otto: Das Vertragsstatut bei japanisch-deutschen privatrechtlichen Verträgen, in: RIW 1994, S. 381-388.

- Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung, Band 1, Heidelberg 1980.
- Nach Inspire Art – Was bleibt vom deutschen Sitzrecht übrig?, in: BB 2003, S. 2588-2589.
- Neue Herausforderungen an das Internationale Wirtschaftsrecht, in: ZVglRWiss 98 (1999), S. 227-259.
- Welches Kollisionsrecht hat ein Internationales Schiedsgericht anzuwenden?, in: RIW 1992, S. 785-795.

Schack, Haimo: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 2.7.1991 – XI ZR 206/90, in: JZ 1992, S. 54-56.

- Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, Frankfurt am Main 1985.
- Entscheidungszuständigkeiten in einem weltweiten Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, in: ZEuP 1998, S. 931-956.
- Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet – Internationales Privatrecht, in: MMR 2000, S. 59-65.
- Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, München 2002.

Schaltinat, Katja: Internationale Verbraucherstreitigkeiten unter besonderer Berücksichtigung des EuGVÜ, Frankfurt am Main 1998.

Scherer, Josef; Butt, Mark Eric: Rechtsprobleme bei Vertragsschluss via Internet, in: DB 2000, S. 1009-1016.

Scherpe, Jens M.: Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen, Tübingen 2002.

- Vorschläge für eine Rahmengesetzgebung für die außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen, in: VuR 2002, S. 277-281.

Scheuermann, Isabel: Internationales Zivilverfahrensrecht bei Verträgen im Internet, Tübingen 2004.

Schlechtriem, Peter: Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980 (Convention on the International Sale of Goods), in: IPRax 1990, S. 277-288.

- Der Kaufmann im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag (Hrsg.: Pawlowski, Hans-Martin; Wiese, Günther; Wüst, Günther), München 1977, S. 571-582.
- Einheitliches UN-Kaufrecht, in: JZ 1988, S. 1037-1048.
- Internationales UN-Kaufrecht, 2. Auflage, Tübingen 2003.
- „Wandlungen des Schuldrechts in Europa“ – wozu und wohin, in: ZEuP 2002, S. 213-221.

Schlechtriem, Peter; Schwenzler, Ingeborg: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 4. Auflage, München 2004.

Schlösser, Peter: Einschränkung des Vermögensgerichtsstandes, in: IPRax 1992, S. 140-143.

- EU-Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 2003; 1. Auflage, München 1996.
- Sonderanknüpfungen von zwingendem Verbraucherschutzrecht und europäisches Prozessrecht, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990 (Hrsg.: Baur, Jürgen F.; Hopt, Klaus J.; Mailänder, K. Peter), Berlin/New York 1990, S. 1379-1391.

Schmid, Matthias: Zahlungsklage im Verbraucherprozess: Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes, in: MDR 1993, S. 410-411.

Schmidt-Kessel, Martin: Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht, in: RIW 2003, S. 481-489.

- Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter UN-Kaufrecht, in: NJW 2002, S. 3444-3446.

Schmitt, Hansjoerg: „Intangible Goods“ in Online-Kaufverträgen und der Anwendungsbereich des CISG, in: CR 2001, S. 145-155.

- Online-Kaufverträge über „Intangible Goods“ und der Anwendungsbereich von Verbrauchergesetzen, in: CR 2001, S. 838-845.

Schmitthoff, Clive: Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade (Hrsg.: D'Arcy, Leo; Murray, Carole; Cleave, Barbara), 10. Auflage, London 2000.

- Schmittmann, Jens M.*: Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht, in: K&R 2004, S. 361-367.
- Schmitz, Dirk*: Die vertraglichen Pflichten und die Haftung der Informationsanbieter im Internet, Stuttgart 2000.
- UN-Kaufrecht (CISG) und Datentransfer via Internet, in: MMR 2000, S. 256-260.
- Schneider, Christian*: Zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie im Regierungsentwurf zur Schuldrechtsmodernisierung, in: K&R 2001, S. 344-348.
- Schröder, Jochen*: Vom Sinn der Verweisung im internationalen Schuldvertragsrecht, in: IPRax 1987, S. 90-92.
- Schu, Reinhard*: The Applicable Law to Consumer Contracts Made Over the Internet: Consumer Protection Through Private International Law?, in: Int. J. L. Inf. Tech. 5 (1997), S. 192-229.
- Schütze, Rolf A.*: Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Auslandsgeschäften, in: DB 1978, S. 2301-2306.
- Zur internationalen Zuständigkeit aufgrund rügeloser Einlassung, in: ZZP 90 (1977), S. 67-76.
- Schulz, Karsten*: Digitales Geld: die Auswirkungen von Technologie und Regulierung auf die Evolution des Geldes, Diss. Düsseldorf 2000.
- Schurig, Klaus*: Zwingendes Recht, „Eingriffsnormen“ und neues IPR, in: RabelsZ 54 (1990), S. 217-250.
- Schwartz, Ivo E.*: Übereinkommen zwischen den EG-Staaten: Völkerrecht oder Gemeinschaftsrecht?, in: Festschrift für Wilhelm G. Grewe zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 1981 (Hrsg.: Kroneck, Friedrich J.; Oppermann, Thomas), Baden-Baden 1981, S. 551-607.
- Schwarz, Eckhard*: Das „Sprachrisiko“ im internationalen Geschäftsverkehr – ein deutsch-portugiesischer Fall, in: IPRax 1988, S. 278-280.
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): EU-Kommentar, Baden-Baden 2000.
- Schweitzer, Michael*: Staatsrecht III, 8. Auflage, Heidelberg 2004.
- Schwenzer, Ingeborg*: Das UN-Abkommen zum internationalen Warenkauf, in: NJW 1990, S. 602-607.
- Schwintowski, Hans-Peter*: Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, in: JZ 2002, S. 205-211.

- Sedemund, Jochim; Hausmann, Friedrich Ludwig*: Kommentar zum Urteil des EuGH vom 9.3.1999 – Rs. C-212/97; Centros Ltd. gegen Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, in: BB 1999, S. 810-811.
- Sieg, Oliver*: Allgemeine Geschäftsbedingungen im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr, in: RIW 1997, S. 811-819.
- Internationale Gerichtsstands- und Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: RIW 1998, S. 102-108.
- Siehr, Kurt*: Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag (Hrsg.: Forstmoser, Peter u.a.) , Zürich 1989, S. 485-510.
- Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria, in: Holl, Wolfgang; Klinke, Ulrich (Hrsg.): Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht, Köln 1985, S. 103-126.
- Soergel, Hans Theodor*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 1987; Band 10, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 1996; Band 13 (CISG), 13. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 2000.
- Sonnenberger, Hans Jürgen*: Das französische Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (conditions générales), in: RIW 1990, S. 165-174.
- Das Internationale Privatrecht im dritten Jahrtausend – Rückblick und Ausblick, in: ZVglRWiss 100 (2001), S. 107-136.
 - Die Eingriffsnorm: ein international-privatrechtliches skandolon?, in: Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag (Hrsg.: Großfeld, Bernhard u.a.), Tübingen 1998, S. 283-297.
 - Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1991.
 - Privatrecht und Internationales Privatrecht im künftigen Europa: Fragen und Perspektiven, in: RIW 2002, S. 489-498.
- Sonnenberger, Hans Jürgen; Großerichter, Helge*: Konfliktlinien zwischen internationalem Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, in: RIW 1999, S. 721-732.
- Spellenberg, Ulrich*: Atypischer Grundstücksvertrag, Teilrechtswahl und nicht ausgeübte Vollmacht – Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 10.3.1988 – 24 U 474/87, in: IPRax 1990, S. 295-298.
- Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, in: ZZP 91 (1978), S. 38-63.

Spickhoff, Andreas: Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten, in: *RabelsZ* 56 (1992), S. 116-141.

Spindler, Gerald: Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip, in: *NJW* 2002, S. 921-927.

- Das Herkunftslandprinzip im neuen Teledienstgesetz, in: *RIW* 2002, S. 183-188.
- Der Entwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, in: *ZRP* 2001, S. 203-207.
- E-Commerce in Europa – Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, in: *MMR* 2000, Beilage zu Heft 7, S. 4-21.
- E-Commerce-Richtlinie, in: Gounalakis, Georgios (Hrsg.): *Rechtshandbuch Electronic Business*, München 2003, S. 214-297.
- Grenzüberschreitende elektronische Rechtsgeschäfte, in: Hohloch, Gerhard (Hrsg.): *Recht und Internet*, Baden-Baden 2001, S. 9-30.
- Internationales Verbraucherschutzrecht im Internet, in: *MMR* 2000, S. 18-25.
- Internet, Kapitalmarkt und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce-Richtlinie, in: *ZHR* 165 (2001), S. 324-361.
- Kapitalmarktgeschäfte im Binnenmarkt, in: *IPRax* 2001, S. 400-411.

Spindler, Gerald; Berner, Olaf: Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, in: *RIW* 2003, S. 949-957.

Spindler, Gerald; Börner, Fritjof (Hrsg.): *E-Commerce Law in Europe and the USA*, Heidelberg 2002.

Stadie, Volker; Nietzer, Wolf M.: CISG – Das UN-Kaufrecht in der Anwaltspraxis, in: *MDR* 2002, S. 428-433.

Stadler, Astrid: Grundzüge des Internationalen Vertragsrechts, in: *Jura* 1997, S. 505-513.

Staehein, Matthias: Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr Europas – Form und Willenseinigung nach Art. 17 EuGVÜ/LugÜ, Basel/Frankfurt am Main 1994.

Staudenmayer, Dirk: Der Aktionsplan der EG-Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, in: *EuZW* 2003, S. 165-171.

- Ein optionelles Instrument im Europäischen Vertragsrecht?, in: *ZEuP* 2003, S. 828-846.
- Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht, in: *EuZW* 2005, S. 103-106.

Staudinger, Ansgar: Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 27.6.2000 – verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, in: *DB* 2000, S. 2058-2060.

- Art. 29a EGBGB des Referentenentwurfs zum Fernabsatzgesetz, in: *IPRax* 1999, S. 414-420.

- Internationales Verbraucherschutzrecht made in Germany, in: RIW 2000, S. 416-421.
- Rom, Brüssel, Berlin und Amsterdam: Chiffren eines Europäischen Kollisionsrechts für Verbraucherverträge, in: ZfRV 2000, S. 93-105.
- Vertragsstaatenbezug und Rückversicherungsverträge im EuGVÜ, in: IPRax 2000, S. 483-488.

Staudinger, Julius von: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: AGBG, 13. Bearbeitung, Berlin 1998; EGBGB/IPR (Art. 27-37 EGBGB), 13. Bearbeitung, Berlin 2002; Internationales Gesellschaftsrecht, Neubearbeitung, Berlin 1998; Internationales Wirtschaftsrecht, 13. Bearbeitung, Berlin 2000; Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung, Berlin 2005.

Stein, Friedrich; Jonas, Martin (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 22. Auflage, Tübingen 2003; 21. Auflage, Tübingen 1993.

Stein, Ursula: Lex mercatoria – Realität und Theorie, Frankfurt am Main 1995.

Stoll, Hans: Bemerkungen zu den Vorschriften über den „Allgemeinen Teil“ im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des IPR (Art. 3-9, 11-12), in: IPRax 1984, S. 1-5.

Stolpmann, Markus: Elektronisches Geld im Internet, Cambridge 1997.

Streinz, Rudolf: Europarecht, 6. Auflage, Heidelberg 2003.

Strömer, Thomas H.: Online-Recht, 2. Auflage, Heidelberg 1999.

Taupitz, Jochen; Kritter, Thomas: Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, in: JuS 1999, S. 839-846.

Teklote, Stephan: Die Einheitlichen Kaufgesetze und das deutsche AGB-Gesetz, Baden-Baden 1994.

Teske, Wolfgang: Neue Widerrufsrechte beim Abschluss von Versicherungs- und Verbraucherkreditverträgen, in: NJW 1991, S. 2793-2804.

Tettenborn, Alexander: E-Commerce-Richtlinie: Politische Einigung in Brüssel erzielt, in: K&R 2000, S. 59-63.

- Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: K&R 1999, S. 252-258.

Tettenborn, Alexander; Bender, Gunnar; Lübben, Natalie; Karenfort, Jörg: Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: BB 2001, Beilage 10.

Thomas, Heinz; Putzo, Hans: Zivilprozessordnung, 26. Auflage, München 2004; 23. Auflage, München 2001.

- Thomsen-Guth, Birgit*: Die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit im Fall eines durch telefonisches Gebot zu schließenden Kunstauktionskaufes, in: IPRax 1991, S. 302-305.
- Thorn, Karsten*: Entwicklungen des Internationalen Privatrechts 2000-2001, in: IPRax 2002, S. 349-364.
- Termingeschäfte an Auslandsbörsen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in: IPRax 1997, S. 98-106.
 - Verbrauchergerichtsstand nach EuGVÜ und örtliche Zuständigkeit, in: IPRax 1994, S. 426-429.
 - Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz, in: IPRax 1999, S. 1-9.
- Thot, Norman B.; Gimmy, Marc André*: Vertragsschluss im Internet, in: Kröger, Detlef; Gimmy, Marc André (Hrsg.): Handbuch zum Internetrecht, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2002, S. 3-38.
- Thünken, Alexander*: Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, in: IPRax 2001, S. 15-22.
- Tiedemann, Stefan*: Kollidierende AGB-Rechtswahlklauseln im österreichischen und deutschen IPR, in: IPRax 1991, S. 424-427.
- Timme, Michael; Hülk, Fabian*: Das Ende der Sitztheorie im Internationalen Gesellschaftsrecht?, in: JuS 1999, S. 1055-1058.
- Tonner, Klaus*: Das neue Fernabsatzgesetz – oder: System statt „Flickenteppich“, in: BB 2000, S. 1413-1420.
- Trunk, Alexander*: Erste deutsche Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen: Gerichtsstandsvereinbarung, Gerichtsstand des Erfüllungsortes und intertemporale Fragen, in: IPRax 1996, S. 249-254.
- Ulmer, Detlef*: Online-Vertragsschluss – ein Verfahren wird populär, in: CR 2002, S. 208-213.
- Ulmer, Peter; Brandner, Erich; Hensen, Horst-Diether*: AGB-Gesetz, 9. Auflage, Köln 2001.
- Ultsch, Michael L.*: Zivilrechtliche Probleme elektronischer Erklärungen – dargestellt am Beispiel der Electronic Mail, in: DZWir 1997, S. 466-473.
- Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen – dargestellt am Beispiel der Electronic Mail, in: NJW 1997, S. 3007-3009.
- Vehslage, Thomas*: Das geplante Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Gesetze an den modernen Rechtsverkehr, in: DB 2000, S. 1801-1805.

Vollkommer, Max: Die Gerichtsstands begründung durch den Parteiwillen nach der Zivilprozessnovelle 1974, in: Rpfleger 1974, S. 129-143.

Wagner, Rolf: Die geplante Reform des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens, in: IPRax 1998, S. 241-244.

- Verfahrens- und internationalprivatrechtliche Fragen beim Teleshopping, in: WM 1995, S. 1129-1137.
- Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts sechs Jahre nach In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrags, in: NJW 2005, S. 1754-1757.
- Zusammenführung verbraucherschützender Kollisionsnormen aufgrund EG-Richtlinien in einem neuen Art. 29a EGBGB, in: IPRax 2000, S. 249-258.

Waldenberger, Arthur: Electronic Commerce: der Richtlinien vorschlag der EG-Kommission, in: EuZW 1999, S. 296-303.

- Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluss von Verträgen im Internet, in: BB 1996, S. 2365-2371.
- Verbraucherschutz im Internet, in: Hoeren, Thomas; Sieber, Ulrich (Hrsg.): Handbuch Multimediarecht, Teil 13.4, München, Stand: September 2004.

Waltl, Peter: Online-Netzwerke und Multimedia – Werbung und Vertrieb im Internet, in: Lehmann, Michael (Hrsg.): Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997, S. 185-203.

Wegner, Heike: Internationaler Verbraucherschutz beim Abschluss von Timesharingverträgen: § 8 Teilzeitwohnrechtgesetz, Frankfurt am Main 1998.

Weise, Paul-Frank: Lex mercatoria, Frankfurt am Main 1990.

Wellbery, Barbara S.; Pichler, Rufus J.: Electronic Commerce and the Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters – Putting the Cart before the Horse?, in: CRi 2001, S. 129-137.

Werlauff, Erik: Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität, in: ZIP 1999, S. 867-876.

Werner, Stephan: Rechtsfragen des elektronischen Geldes, in: Hoeren, Thomas; Sieber, Ulrich (Hrsg.): Handbuch Multimediarecht, Teil 13.5, München, Stand: September 2004.

Wernicke, Nina; Hoppe, Vera: Die neue EuGVVO – Auswirkungen auf die internationale Zuständigkeit bei Internetverträgen, in: MMR 2002, S. 643-648.

Wichard, Johannes Christian: Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte, in: RabelsZ 60 (1996), S. 269-302.

- Wieczorek, Bernhard; Schütze, Rolf A.* (Hrsg.): Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band I, 1. Teilband, 3. Auflage, Berlin/New York 1994.
- Wiedemann, Herbert*: Internationales Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Gerhard Kegel (Hrsg.: Lüderitz, Alexander; Schröder, Jochen), Frankfurt am Main 1977, S. 187-211.
- Wildemann, Daniela*: Vertragsabschluss im Netz nach US-amerikanischem Recht, in: CRi 2000, S. 109-112.
- Vertragsschluss im Netz, München 2000.
- Wolf, Manfred; Horn, Norbert; Lindacher, Walter*: AGB-Gesetz, 4. Auflage, München 1999.
- Wollenschläger, Peter*: Zum Merkmal des hinreichenden Inlandsbezuges in § 23 ZPO – Auslegungsdifferenzen in den verschiedenen Verfahrensarten der Zivilprozessordnung?, in: IPRax 2002, S. 96-100.
- Zeppenfeld, Meiko*: Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im internationalen Wirtschaftsrecht, Berlin 2001.
- Ziem, Claudia*: Spamming – Zulässigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce-Richtlinienentwurf, in: MMR 2000, S. 129-135.
- Zimmermann, Reinhard*: Die „Principles of European Contract Law“, Teil 3, in: ZEuP 2003, S. 707-713.
- Zöllner, Richard*: Zivilprozessordnung, 25. Auflage, Köln 2005.
- Zöllkau, York*: Auswirkungen des Electronic Commerce auf das Ertragsteuerrecht, in: CR 1998, S. 290-296.

