

SCHRIFTEN DES
DEUTSCHEN VEREINS FÜR INTERNATIONALES SEERECHT
REIHE A: BERICHTE UND VORTRÄGE

HEFT 108

Prof. Dr. Peter Mankowski

**Neues aus Europa zum
Internationalen Privat- und Prozessrecht
der seerechtlichen Beförderungsverträge**

HAMBURG 2011

**Neues aus Europa zum
Internationalen Privat- und Prozessrecht
der seerechtlichen Beförderungsverträge**

Vortrag anlässlich der
Mitgliederversammlung des
Deutschen Vereins für Internationales Seerecht
am 26. April 2010

Prof. Dr. Peter Mankowski

Vorwort

Diese kleine Schrift geht auf einen Vortrag zurück, den ich am 26. April 2010 vor dem DVIS gehalten habe. Natürlich ist sie gegenüber dem Vortrag wesentlich erweitert. Sie hat sich einer vertiefteren Erörterung verschrieben, als ein Vortrag sie je zu leisten vermöchte, schon wegen seines begrenzten Zeitrahmens.

Ich möchte mich bei Dr. *Klaus Ramming* ganz herzlich für die Einladung zu dem Vortrag bedanken. Der Vortrag war die letzte unter seine Ägide fallende Veranstaltung des DVIS und eine Art Festvortrag zur Jahresmitgliederversammlung 2010.

Für mich persönlich schlägt diese Schrift einen Bogen zurück zu meiner Dissertation über „Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht“. Sie wurde 1993 eingereicht und 1995 veröffentlicht. Seit damals hat sich vieles bei den Rechtsquellen geändert. Vortrag und Schrift bieten jetzt die Gelegenheit, gleichsam eine aktualisierte Neufassung der zentralen Teile der Dissertation vorzulegen. Dies war besonderer Reiz und besondere Verpflichtung zugleich (zumal angesichts eines vom DVIS im März 2010 abgehaltenen Symposiums zur Rom I-VO mit vielen klugen Beiträgen aus den Federn mit der Materie gut vertrauter Praktiker).

Während er seine Dissertation schrieb, wünschte sich der Doktorand damals übrigens, eines Tages vor dem DVIS vortragen zu dürfen. Manchmal gehen Wünsche in Erfüllung. (Wenn auch manchmal erst zwanzig Jahre später.)

Hamburg, den 23. März 2011

Prof. Dr. Peter Mankowski

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Europäisches Internationales Prozessrecht	3
I. Zuständigkeitssystem für Klagen aus Verträgen in der EuGVVO (Brüssel I-VO)	3
II. Das Neue am neuen Erfüllungsortsgerichtsstand unter Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO	5
III. Transportverträge als Verträge über das „Erbringen von Dienstleistungen“	8
1. Definition des Dienstleistungsbegriffs	9
2. Transport als Dienstleistung	13
a) Art. 58 AEUV	13
b) Systematisches Argument aus Art. 5 Abs. 4 lit. b EVÜ; 13 Abs. 3 EuGVÜ/LugÜ	15
c) Fehlende Bedeutung der Artt. 5 Rom I-VO; 4 Abs. 4 EVÜ; 28 Abs. 4 EGBGB für den Dienstleistungsbegriff	16
d) Transportvertrag als Vertrag sui generis?	16
e) Mangelnde Überzeugungskraft der Alternative	17
IV. Bedeutung der Rehder-Entscheidung für <i>alle</i> Beförderungsverträge	17
1. Sachliche Bedeutung	17
2. Internationale Bedeutung nur für Klagen gegen mitgliedstaatliche Beförderer	18
3. Vorrang von Gerichtsstandsregeln in internationalen Übereinkommen	19
V. Gleichwertigkeit von Ausgangs- und Bestimmungsort	20
1. Sachgründe jeweils für Bestimmungs- oder Ausgangsort	20
2. Systematische Argumente für die Gleichwertigkeit von Ausgangs- und Bestimmungsort	21
3. Tätigkeitsaspekt der Dienstleistung Transport	22
4. Pragmatismus, nicht dogmatisches Einheitlichkeitsstreben	23
5. Mögliche Besonderheiten bei einer Reisecharter	24
VI. Zusätzliche Bedeutung eines Zwischenhafens oder Umladeortes? ...	24
VII. Gerichtsstandsrisiko des Beförderers und Steuerung durch Gerichtsstands- oder Schiedsklauseln	25

II

C. Bestimmung des anwendbaren Rechts für Güterbeförderungsverträge unter Art. 5 Rom I-VO	26
I. Güterbeförderungsvertrag	26
1. Grundsätzliches	26
2. Verträge mit Kern Güterbeförderung	28
a) Grundsätzliches und die Interfrigo-Entscheidung des EuGH	28
b) Voyage charter	30
c) Slot charter	32
d) Cross charter (X C/P)	32
e) Time charter	33
f) Volume Contracts	35
3. Beförderung des Gepäcks von Reisenden	36
II. Rechtswahl bei Güterbeförderungsverträgen	37
III. Objektive Anknüpfung von Güterbeförderungsverträgen bei Fehlen einer Rechtswahl	38
1. Anknüpfungssystem des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO	38
2. Definition des Beförderers	39
3. Gewöhnlicher Aufenthalt des Verfrachters (Beförderers)	40
4. Definition des Absenders	41
a) Absender = Befrachter	41
b) Abgrenzung zum Ablader	42
5. Gewöhnlicher Aufenthalt des Befrachters	43
6. Übernahmeort und Ablieferungsort = vertraglicher Ausgangsort und vertraglicher Bestimmungsort	43
7. Ausgangsort (Verladeort)	45
8. Entladeort (Bestimmungsort)	47
a) Vereinbarter Bestimmungsort	47
b) Teilladungen	48
9. Mehrere Beförderungen unter einem einheitlichen Vertrag	49
IV. Subsidiäre Anknüpfungsregel in Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO.....	50
D. Konnossemente: Ausnahmbereich des Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 3 Rom I-VO	52
I. Qualifikation als Konnossement	52
II. Behandlung von Rektakonnossementen	56
III. Umfang des Ausnahmbereichs	58
IV. Erfasste Ansprüche im Einzelnen	63

V.	Bedeutung der Rom I-VO für Art. 6 EGHGB	65
1.	Ausgangslage vor der Rom I-VO unter EVÜ und Artt. 27-37 EGBGB	65
2.	Änderungen bei eingriffsrechtlicher Qualifikation?	66
a)	Immanente Anwendung	66
b)	Kritik an den Grundlagen einer eingriffsrechtlichen Sonder- anknüpfung von Konnossementshaftungsrecht	70
3.	Änderungen bei Ansatz über bisher Art. 1 Abs. 2 lit. c EVÜ, jetzt Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO?	74
4.	Bedeutung der Vorrangklausel zu Gunsten völkerrechtlicher Altabkommen der Mitgliedstaaten	75
a)	Bedeutung bei eingriffsrechtlicher Qualifikation	76
b)	Keine Bedeutung bei Ansatz über bisher Art. 1 Abs. 2 lit. c EVÜ, jetzt Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO	76
E.	Bestimmung des anwendbaren Rechts für Person beförderungs- verträge unter Art. 5 Rom I-VO	77
I.	Personenbeförderungsvertrag	77
II.	Objektive Anknüpfung für Personenbeförderungsverträge in Art. 5 Abs. 2 UA 1 S. 1 Rom I-VO	78
1.	Kombinierte Anknüpfung rund um eine Schutzperson in Art. 5 Abs. 2 UA 1 S. 1 Rom I-VO	79
2.	Vertragliche Bestimmung des Reisenden	79
3.	Gewöhnlicher Aufenthalt des Reisenden	81
4.	Vertragliche Bestimmung des Beförderers	81
5.	Ausgangsort.....	81
6.	Bestimmungsort	82
III.	Auffangregel nach Art. 5 Abs. 2 UA 1 S. 2 Rom I-VO: Recht des Beförderers	82
IV.	Rechtswahlregel für Personenbeförderungsverträge in Art. 5 Abs. 2 UA 2 Rom I-VO	84
1.	Beschränkte Rechtswahl	84
2.	Kreis der wählbaren Rechtsordnungen	85
3.	Internationalität	86
V.	Haftung bloßer ausführender Beförderer	86
F.	Ausweichklausel des Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO	87
I.	Grundsätzliches	87

IV

II. Anwendung für Güterbeförderungs- und Personenbeförderungsverträge	90
III. Handhabung	91
G. Internationales Verbrauchervertragsrecht	92
I. Nichtanwendbarkeit bei reinen Beförderungsverträgen	92
II. Rückausnahme für Pauschalreisen	93
1. Anlehnung an den Begriff der Pauschalreise aus der PauschalreiseRL	93
2. Begriff der Pauschalreise nach der PauschalreiseRL	94
3. Übertragungshürde im Wortlaut des Art. 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO?	97
4. Konstellationen im Seeverkehr	97
a) Kreuzfahrten	97
b) Frachtschiffreisen	98
c) Fährfahrten	99
d) Butterfahrten	99
5. Denkbare Hilfsfragen	100
6. Überlagerung durch Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO?	101
7. Anwendung bei Buchung über Reisebüro	102

A. Einleitung

Das Internationale Privat- und Prozessrecht gehört bekanntlich nicht un- 1
bedingt zu den Lieblingsgebieten der Praktiker. Man hat nicht täglich mit
ihm zu tun, Routine will sich nur begrenzt einstellen, und aus Praktikersicht
hat es eine Tendenz, Dinge komplizierter zu machen.¹ Namentlich das In-
ternationale Privatrecht fügt aus Praktikersicht eine bloße Zwischenstufe
hinzu. Kollisionsrecht scheint „Komplikationsrecht“.² Man kann nicht ein-
fach vom gewohnten deutschen Recht ausgehen, sondern muss erst mehr
oder weniger mühsam ermitteln, welches Recht anwendbar ist. Und dann
kann es sogar noch ausländisches Recht sein ... Beim Internationalen Pro-
zessrecht verhält es sich wenigstens unmittelbarer. Mit der internationalen
Zuständigkeit kann man etwas anfangen, und wenn sie fehlt, wäre eine
Klage eben unzulässig. Falls sich dann auf einem der nicht geliebten
Rechtsgebiete auch noch Veränderungen abspielen, verliert man gar die
letzten Anhaltspunkte, und das bisher angesammelte Wissenskapital wird
ein Stück weit entwertet. Zumindest wird man unsicherer, und dies erhöht
den Aufwand nochmals. Der Sachverhalt mit Auslandsbezug mag besonde-
re Schönheit und Herausforderung bergen. Herausforderungen bedeuten
zwar einen Kitzel. Sie erfordern aber auch Zeit, die ein Praktiker im hektischen
Alltagsgeschäft unter dem Druck vieler anderer Mandate und Fälle
gemeinhin nicht hat. Der Aufwand an Zeit und Mühe ist unverhältnismäßig
hoch.³ Und der Anwalt mag außerdem denken: das alles obendrein noch in
einem Bereich, nämlich Auslandsrecht, für den in aller Regel keine De-
ckung durch die Berufshaftpflichtversicherung besteht⁴ oder für den man
ausländische Kollegen heranziehen muss...

Nun haben sich im IPR und IZPR seit einigen Jahren Veränderungen 2
vollzogen. Beide Gebiete sind über weite Strecken mit dem Vertrag von
Amsterdam in die Hände der EU gefallen und haben daher einen massiven
Wechsel ihrer Rechtsquellen erlebt. Dank der Veröffentlichungspolitik des
Hauses Beck hat man damit die Rechtsquellen nicht mehr im Schönfelder

¹ Typisch der Stoßseufzer bei *Stahl*, *TranspR* 2010, 258, 259.

² *Mankowski*, FS Rolf Herber, 1999, S. 147.

³ *Mankowski*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 795.

⁴ Siehe die Deckungsausschlüsse nach § 4 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 AVB-A (AVB Vermögenschaden-Haftpflichtversicherung für Anwälte und Patentanwälte), basierend auf den Gestattungen nach § 51 Abs. 3 Nrn. 3 und 4 BRAO für die Rechtsbesorgung nach außereuropäischen Rechtsordnungen oder vor außereuropäischen Gerichten.

griffbereit. Eine EG-Verordnung ist nun einmal kein „Deutsches Gesetz“... Immerhin sind die wichtigsten EG-Verordnungen zum IPR und IZPR in den deutschen Kommentaren abgedruckt und zumeist sogar kommentiert: Im *Palandt* findet man die Rom I- wie die Rom II-VO, im *Zöllner* wie im *Baum- bauch/Lauterbach* oder im *Musielak*, ja selbst im *Thomas/Putzo* die EuGVVO oder, etwas sprechfreundlicher und zugleich internationaler abgekürzt, die Brüssel I-VO. Ganz unerreichbar sind die Quellen also keineswegs, zumal sie sich im Zeitalter des Internet jederzeit elektronisch aus dem Amtsblatt der EU abrufen lassen. Freilich ist es mit den Quellen allein nicht getan. Der Gesetzestext allein ist ein Anfang, aber eben noch kein Ende. Eine Norm hat bekanntlich nicht nur eine Entstehungs-, sondern auch eine Anwendungsgeschichte. Die aber spielt sich nicht mehr wie sonst gewohnt national und schlimmstenfalls in Karlsruhe ab, sondern vielmehr auf europäischer Ebene und letztlich alleinverbindlich beim EuGH in Luxemburg. Von dem theoretisch eigentlich zu erhebenden Anspruch, auch Rechtsprechung und Praxis in den anderen Mitgliedstaaten zu verfolgen, wird der gestresste Praktiker ganz schweigen und höchstens träumen.

- 3 Gerade im Seeverkehr braucht man aber auf der anderen Seite die Bedeutung und die Wichtigkeit des Internationalen kaum zu betonen. Um sie weiß jeder deutsche Seerechtler. Navigare necesse est, und die echte Seeschifffahrt ist aus deutscher Sicht geographisch bedingt eben nicht national. Dem Gegenstand haftet also seiner Natur nach etwas genuin Internationales an. Internationales im Rechtsstatsächlichen zieht aber notwendig Internationales im Rechtlichen nach sich. Daher verfolgen Seerechtler Entwicklungen im IPR und im IZPR aufmerksamer als etwa Gesellschaftsrechtler. Und daraus wiederum speist sich jede Berechtigung, im Kreise des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht neuere Entwicklungen im europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht vorzustellen. Dabei soll es zunächst – ganz der Reihenfolge im praktischen Fall entsprechend – um das Internationale Zivilprozessrecht gehen, spezifisch um den inzwischen gar nicht mehr so neuen Erfüllungsortsgerichtsstand des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO. Anlass genug dafür bietet die einschlägige EuGH-Entscheidung zum Erfüllungsort bei Transportverträgen (B). Dagegen bleibt die neuere Entwicklung bei Art. 71 EuGVVO⁵ ausgeklammert, da die seerechtlichen

⁵ EuGH 4.5.2010 – Rs. C-533/08, TNT Express Nederland BV/AXA Versicherung AG = Ned. Jur. 2010 Nr. 482 m. Anm. K.F. Haak; dazu *Magrone*, Guida dir. 2010 n°. 21 S. 96; *Idot*, Europe Juillet 2010 comm. n°. 260 S. 34; *Komárek*, Právni rozhledy ve spolupráci jednotlivými soudci 2010, 277; *Attal*, Petites affiches 30 novembre 2010 N° 238 S. 32; *Kuijper*, (2011) 38 Legal Issues Econ. Integration 89.

Übereinkommen – mit Ausnahme der in Deutschland nicht in Kraft befindlichen Hamburg Rules und der insoweit mit besonderen Spezialkonstruktionen versehenen Rotterdam Rules – anders als insbesondere die CMR keine direkten Regeln für das IZPR enthalten und insoweit keine unmittelbare Konkurrenz der Rechtsquellen herrscht.

Das Internationale Privatrecht soll als zweites folgen, in Gestalt von Art. 5 Rom I-VO, jener langen Norm, in welcher sich die Rom I-VO spezifisch Transportverträgen zuwendet (C zu Gütertransportverträgen, E zu Personentransportverträgen, F zur Ausweichklausel). Dazwischen geht es um das Verhältnis der Rom I-VO zu Konnossementen (D). Der abschließende Blick soll der Anwendung des Internationalen Verbrauchervertragsrechts für Pauschalreisen gelten (G).

B. Europäisches Internationales Prozessrecht

I. Zuständigkeitssystem für Klagen aus Verträgen in der EuGVVO (Brüssel I-VO)

Das europäische Zuständigkeitssystem für Klagen aus Verträgen sei nur kurz rekapituliert: Der erste Blick muss in den Vertrag fallen. Enthält dieser eine Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 23 EuGVVO), so gilt diese, wenn (1) der Vertrag Bezüge zu mindestens zwei Staaten aufweist, sei es aus dem Sachverhalt, sei es aus der Person der Parteien, (2) eine der Parteien ihren Wohnsitz in der EU⁶ hat, (3) die Zuständigkeit eines Gerichtes in einem EU-Staat vereinbart ist und (4) sich die Vereinbarung auf ein konkretes Rechtsverhältnis bezieht. Damit ist die Mehrzahl der transportrechtlichen Fälle, welche die Spezialkonvention der EuGVVO überhaupt noch belässt, erfasst, denn typischerweise findet man in ihnen Gerichtsstandsvereinbarungen.⁷

⁶ Minus Dänemark wegen Art. 68 EG und des Protokolls zum EG. Dies gilt immer, wenn für die EuGVVO von „Mitgliedstaaten“ oder „Staaten in der EU“ die Rede ist. Allerdings ist inzwischen ein Vertrag in Kraft getreten, welcher die EuGVVO materiell und der Sache nach auch auf Dänemark erstreckt, indem er deren Regelungen im Verhältnis zu Dänemark völkervertraglich übernimmt; Abkommen zwischen der europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 19.10.2005, ABl. EU 2005 L 299/62, in Kraft getreten am 1.7.2007, ABl. EU 2007 L 94/70; dazu *Duintjer Tebbens*, Festschrift til Helge Johan Thue, Oslo 2007, S. 449; *Peter Arnt Nielsen*, IPRax 2007, 506.

⁷ Zu Gerichtsstandsvereinbarungen in Konnossementen unter Artt. 23 EuGVVO; 17 EuGVÜ eingehend *Mankowski*, Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen

- 6 Enthält der Vertrag keine Gerichtsstandsvereinbarung, so kommt man in das System objektiver Gerichtsstände. Zuvörderst ist der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten nach Art. 2 Abs. 1 EuGVVO eröffnet. Der Wohnsitzbegriff ist für natürliche Personen über Art. 59 EuGVVO nach dem Recht des jeweiligen potenziellen Wohnsitzstaates und für Gesellschaften gemäß Art. 60 EuGVVO verordnungsautonom auszufüllen. Gesellschaften haben ihren „Wohnsitz“ gleichermaßen an ihrem Satzungssitz, an ihrem effektiven Verwaltungssitz und an ihrer Hauptniederlassung. Neben den allgemeinen Gerichtsstand können besondere Gerichtsstände treten. An erster Stelle steht für vertragliche Ansprüche der besondere Gerichtsstand am Erfüllungsort des Vertrages nach Art. 5 Nr. 1 EuGVVO. Nicht zu verachten ist der besondere Gerichtsstand der Niederlassung aus Art. 5 Nr. 5 EuGVVO. Jeder Transportrechtler kennt den besonderen Gerichtsstand für Deliktssklagen am Handlungsort und (beschränkt auf den im jeweiligen Land entstandenen Schaden) am Erfolgsort unter Art. 5 Nr. 3 EuGVVO. Dieser Gerichtsstand kann gerade für Ladungsbeteiligte im Seeverkehr eine erhebliche Rolle spielen.⁸ Dem deutschen Recht nicht bekannt, dem europäischen Recht dagegen wohlbekannt ist der besondere Gerichtsstand der Streitgenossenschaft gemäß Art. 6 Nr. 1 EuGVVO. Gerade im Transportrecht mit seinen Vertragsketten, mit vertraglichem und ausführendem Beförderer, mit Verfrachter und Versicherung sollte man ihn nicht leichtfertig übersehen. Alle besonderen Gerichtsstände aus Art. 5 oder 6 EuGVVO setzen allerdings eines voraus: Der Beklagte muss seinen Wohnsitz (wiederum definiert in Art. 59 oder 60 EuGVVO) in der EU haben. Insoweit sind die Einleitungsworte des Art. 5 wie des Art. 6 EuGVVO eindeutig und umbarmherzig: „Eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat“. Damit sind wichtige Fälle ausgegrenzt, nämlich alle Klagen gegen Personen oder Unternehmen, die ihren Wohnsitz in Drittstaaten außerhalb der EU haben.⁹ Zudem setzen die besonderen

Privatrecht, 1995, S. 234-292; *Meeusen/Neut*, in: *van Hooydonk* (ed.), *Actualia zee- en vervoerrecht*, Antwerpen 2003, S. 37, 45-60; *Rauscher/Mankowski*, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, Bd. I, 3. Aufl. 2011, Art. 23 Brüssel I-VO Rn. 52-56, 36 f.

⁸ Siehe z.B. Rb. Rotterdam, NIPR 2007 Nr. 230 S. 311.

⁹ Nur für Art. 6 Nr. 1 EuGVVO wird eine Durchbrechung diskutiert, weil anderenfalls eine Schlechterstellung von Gemeinschaftsansässigen durch größere Gerichtspflichtigkeit im Vergleich mit Drittstaatsansässigen drohte; näher z.B. OLG Hamburg, IPRspr. 1992 Nr. 193 S. 478; *Brandes*, *Der gemeinsame Gerichtsstand: Die Zuständigkeit im europäischen Mehrparteienprozess* nach Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ, 1998, S. 95; *Vogenaier*, IPRax 2001, 256 f.; *Grolimund*, *Drittstaatenproblematik im europäischen Zivilverfahrensrecht*,

Gerichtsstände voraus, dass ihr jeweiliger Anknüpfungspunkt nicht auf den Wohnsitzstaat des Beklagten weist, denn besondere Gerichtsstände können nur in anderen Staaten als jenem des allgemeinen Gerichtsstands existieren. Dies gilt auch für Beförderungsverträge.¹⁰ Alles überlagert der Gerichtsstand der rügelosen Einlassung aus Art. 24 EuGVVO: Rügt der Beklagte nicht rechtzeitig die internationale Unzuständigkeit, so heilt dies jedwede Unzuständigkeit und begründet Zuständigkeit. Hilfsweises Verhandeln zur Sache allerdings schadet nicht;¹¹ auf der anderen Seite reicht eine Rüge bloß der *örtlichen* und nicht spezifisch der *internationalen* Unzuständigkeit nicht hin.¹²

II. Das Neue am neuen Erfüllungsortsgerichtsstand unter Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO

Im Vergleich mit Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ vollzieht Art. 5 Nr. 1 lit. b 7 EuGVVO in zwei fundamentalen Punkten einen Systemwechsel für Verträge über die Lieferung von Waren oder das Erbringen von Dienstleistungen: Erstens geht Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO von einer auf das anwendbare materielle Recht verweisenden Lösung ab und etabliert einen eigenständigen prozessualen Erfüllungsortbegriff, der im Grundsatz gemeinschaftsrechtlich autonom auszufüllen ist.¹³ Zweitens begründet Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO einen einzigen Erfüllungsort für alle Verpflichtungen aus dem betreffenden

2002, Rn. 460; *Thiele*, RIW 2002, 700; *Geier*, Die Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis, 2005, S. 75 f.; *Rauscher/Leible* (Fn. 7), Art. 6 Brüssel I-VO Rn. 7.

¹⁰ Siehe nur *Ansgar Staudinger*, IPRax 2010, 140, 141; *Markus*, AJP 2010, 971, 983.

¹¹ Siehe nur BGH, NJW 2004, 1456; OLG München, NJW-RR 2007, 1428 = RRa 2007, 182, 183.

¹² BGH, NJW-RR 2005, 1518 = RIW 2005, 776; *Leible*, IPRax 2005, 568; *Mankowski*, LMK 2005 II 77; *Michael Stürner*, jurisPR BGHZivilR 35/2005 Anm. 5; *Magnus*, WuB VII B Art. 5 EuGVO 1.06; *Berg*, NJW 2006, 3035.

¹³ Siehe nur EuGH 3.5.2007 – Rs. C-386/05, Slg. 2007, I-3699, I-3735 Rn. 24 – Color Drack GmbH/Lexx International Vertriebs GmbH; EuGH 9.7.2009 – Rs. C-204/08, Slg. 2009, I-6073, I-6089 Rn. 33 – Peter Rehder/Baltic Air Corp.; EuGH 25.2.2010 – Rs. C-381/08, Slg. 2010, NJW 2010, 1059, Rn. 49 – Car Trim GmbH/KeySafety Systems Srl; *Fricke*, VersR 1999, 1055, 1057; *Norbert Reich*, ZEuP 1999, 982; *Mankowski*, EWIR Art. 5 EuGVÜ 2/99, 1117, 1118; *Peter Arnt Nielsen*, UfR 2000 B 164, 168; *Benedikt Buchner*, EWS 2000, 147, 149 f.; *Gaudemet-Tallon*, Rev. crit. dr. int. pr. 89 (2000), 84, 88; *Stephan Lorenz*, EWIR Art. 5 EuGVÜ 1/03, 417, 418; *Gounalakis/Thomas Pfeiffer*, Rechtshandbuch Electronic Business, 2003, § 13 Rn. 37; *de Franceschi*, Contratto e impresa/Europa 2008, 637, 664.

Vertrag. Er errichtet einen einheitlichen Vertragsgerichtsstand.¹⁴ Er spaltet nicht in eigene Erfüllungsorte für die einzelnen Verpflichtungen auf. Insofern weicht er fundamental von der Interpretation ab, welche der EuGH in *de Bloos/Bouyer*¹⁵ Art. 5 Nr. 1 Hs. 1 EuGVÜ/LugÜ gegeben hat.¹⁶ Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO folgt dem Prinzip der charakteristischen Leistung.¹⁷ Der einheitliche Erfüllungsort liegt am tatsächlichen Erfüllungsort der für den Vertrag charakteristischen Hauptleistungspflicht. Insbesondere eröffnet Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO den Erfüllungsortsgerichtsstand auch für die Zahlungsklage am Erbringungsort der Dienstleistung (bzw. bei Warenlieferungsverträgen am Lieferungsort der Ware).¹⁸ Bei Dienstleistungen gibt

¹⁴ Siehe nur BGH, NJW 2006, 1806, 1807; östOGH, IPRax 2004, 349, 350; östOGH, IPRax 2006, 608, 610; LG München II, IPRax 2005, 143, 144; *Ibli*, NILR 2002, 114, 115; *Audit*, Rec. des Cours 305 (2003), 9, 434; *Kienle*, IPRax 2005, 113; *Fawcett*, in: *Fawcett/Harris/Bridge*, International Sale of Goods in the Conflict of Laws, Oxford 2005, Rn. 3.171; *Stephan Lorenz/Unberath*, IPRax 2005, 219, 222 f.; *Ignatova*, Art. 5 Nr. 1 EuGVVO – Chancen und Perspektiven der Reform des Gerichtsstands am Erfüllungsort, 2005, S. 205 f.; *Klemm*, Erfüllungsortvereinbarungen im Europäischen Zivilverfahrensrecht, 2005, S. 68 f.; *Rodriguez*, Beklagtenwohnsitz und Erfüllungsort im europäischen IZVR, Zürich 2005, Rn. 648-650; *Rauscher/Leible* (Fn. 7), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 51; *Ansgar Staudinger*, RRA 2007, 155, 156; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski*, Brussels I Convention, 2007, Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 99; *de Franceschi*, Contratto e impresa/Europa 2008, 637, 665; *Fernet*, JCP E 17 juin 2010, S. 21 f.

¹⁵ EuGH 6.10.1976 – Rs. 14/76, Slg. 1976, 1497, 1508 Rn. 8-14 – *A. de Bloos SPRL/Société en commandite par actions Bouyer*.

¹⁶ Bestätigt in EuGH 5.10.1999 – Rs. C-420/97, Slg. 1999, I-6747, I-6790 f. Rn. 31-42 – *Leathertex Divisione Sintetici SpA/Bodetex BVBA*; dem folgend z.B. BGH, NJW 1992, 2428; BGH, NJW 1993, 2753; BAG, AP Nr. 1 zu Art. 5 Lugano-Abkommen Bl. 5R m. Anm. *Mankowski*; BGE 124 III 188, 190 f.; Audiencia Provincial Barcelona, REDI 1999, 706, 707 m. Anm. *Gardeñas Santiago*.

¹⁷ Siehe nur EuGH 23.4.2009 – Rs. C-533/07, Slg. 2009, I-3327, Rn. 54 – *Falco Privatstiftung und Thomas Rabitsch/Gisela Weller-Lindhorst*; EuGH 25.2.2010 – Rs. C-381/08, Slg. 2010, NJW 2010, 1059, Rn. 31 – *Car Trim GmbH/KeySafety Systems Srl*; OLG Hamm, IHR 2006, 84, 85 f.; OLG Köln, IHR 2006, 86, 87; Vzng. Rb. Utrecht, NIPR 2002 Nr. 215 S. 365; *Marie-Élodie Ancel*, Rev. crit. dr. int. pr. 90 (2001), 158, 163; *Pålsson*, SvJT 2001, 373, 379; *Marquette*, TBH 2002, 499, 500 f.; *Carballo Piñeiro*, REDI 2002, 856, 859; *Schoibl*, JB1 2003, 149, 157; *Rommelaere*, Rev. dr. comm. belge 2003, 103, 106 f.; *Kerameus*, Liber amicorum Pierre Widmer, 2003, S. 163, 165 f.; *Tagaras*, CDE 2003, 717, 743, 745; *Grisay/Piccininno*, J. trib. 2005, 97, 101; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 99.

¹⁸ Siehe nur östOGH, ÖJZ 2004, 388, 389; Rb. Zutphen, NIPR 2005 Nr. 69 S. 112; Voorzieningenrechter Rb. Alkmaar, NIPR 2003 Nr. 281 S. 437; *Vlas*, WPNR 6421 (2000), 745, 749; *Couwenberg/Pertegás Sender*, in: *Van Houtte/Pertegás Sender* (eds.), Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening, Antwerpen 2001, S. 31, 50 § 3-

derjenige Ort maß, an welchem die Dienstleistung erbracht wird bzw. bei tatsächlicher Nichterbringung nach Maßgabe des Vertrages hätte erbracht werden sollen. Damit ist man mangels Vereinbarung vor die Frage gestellt, wo bei quasi-naturalistischer Betrachtungsweise die jeweilige Leistung zu erbringen ist und wo deren Erbringungsort denn genau liegen soll.

Eine Einschränkung ist notwendig: Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO kommt **8** nur zum Zuge, wenn der über ihn ermittelte Erfüllungsort in einem EU-Staat liegt. Liegt der so ermittelte Erfüllungsort dagegen nicht in der EU, so greift Art. 5 Nr. 1 lit. c EuGVVO und erklärt Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO für anwendbar.¹⁹ Unter diesem gelten die alten, zu Art. 5 Nr. 1 Hs. 1 EuGVÜ/LugÜ entwickelten Maßstäbe fort.²⁰ Diese sind normativer Natur: Gesucht

33; *Lima Pinheiro*, *Direito Internacional Privado*, Vol. III: *Compêtenca internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras*, Lisboa 2002, S. 84; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 100.

¹⁹ Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen, KOM (1999) 348 endg. S. 15; OLG Düsseldorf, IHR 2004, 108, 110; OLG Frankfurt, RIW 2004, 864, 865; Trib. Padova, EuLF 2006, II-16, 18; *Kropholler/v. Hinden*, GS Alexander Lüderitz, 2000, S. 401, 411; *Leipold*, GS Alexander Lüderitz, 2000, S. 431, 450; *Hau*, ZZP Int. 5 (2000), 284, 290; *Marie-Élodie Ancel*, Rev. crit. dr. int. pr. 90 (2001), 158, 160; *Zilinsky*, NILR 2002, 110, 111 f.; *Marquette*, Rev. dr. comm. belge 2002, 499, 501; *Rommelaere*, Rev. dr. comm. belge 2003, 103, 109; *Tagaras*, CDE 2003, 399, 406; *Meeusen/Neut* (Fn. 7), S. 37, 63; *Vlas*, NILR 2004, 451, 452 f.; *André Huet*, *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, 2005, S. 417, 429 f.; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 143; *Mittmann*, IHR 2010, 146, 148.

²⁰ Siehe nur Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, KOM (1999) 348 endg. S. 15; EuGH 23.4.2009 – Rs. C-533/07, Slg. 2009, I-3327, Rn. 48-52 – Falco Privatstiftung und Thomas Rabitsch/Gisela Weller-Lindhorst; *Gain Verica Trstenjak*, Schlussanträge in der Rs. C-533/07 vom 27.1.2009 Nrn. 94 f.; BGH, RIW 2005, 776, 777; Cassaz., Mass. Giust. Civ. 2005 no. 9106; Hof 's-Gravenhage, NIPR 2005 Nr. 51 S. 92; *Mora Shipping, Inc. v. Axa Corporate Solutions Assurance SA* [2005] 2 Lloyd's Rep. 769, 773 para. 21 (C.A., per Clarke L.J.); Rb. Arnhem, NIPR 2005 Nr. 56 S. 97; Rb. 's-Hertogenbosch, NIPR 2005 Nr. 169 S. 234; Rb. Kh. Antwerpen ETL 2005, 687, 700; *Tavoulaareas v. Tsavlivris* [2006] LL.Pr. 314, 329 f. (Q.B.D., Smith J.); *Kropholler/v. Hinden*, GS Alexander Lüderitz, 2000, S. 401, 408 f.; *Leipold*, GS Alexander Lüderitz, 2000, S. 431, 445, 451; *Hausmann*, EuLF 2000-01, 40, 44; *Karsten Otte*, ZZP Int. 5 (2000), 272, 274, *Marie-Élodie Ancel*, Rev. crit. dr. int. pr. 90 (2001), 158, 159; *Kropholler*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8. Aufl. 2005, Art. 5 EuGVVO Rn 29; *Zilinsky*, NILR 2002, 110, 111; *Mankowski*, EWiR Art. 5 EuGVÜ 1/02, 519, 520; *ders.*, in: *Spindler/Wiebe* (Hrsg.), *Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze*, 2. Aufl. 2005, Kap. 12 Rn. 33; *ders.*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 5 Brussels I

wird der Erfüllungsort für die jeweils streitgegenständliche Verpflichtung, nicht für den Vertrag insgesamt. Der Erfüllungsort wird über das IPR des Forums nach dem anwendbaren materiellen Recht ermittelt.²¹ Führt Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO aus der EU heraus, so erhält der Kläger also eine „zweite Chance“ mit dem traditionellen, normativen Ansatz über Art. 5 Nr. 1 litt. c; a EuGVVO.²²

III. Transportverträge als Verträge über das „Erbringen von Dienstleistungen“

- 9 Sind Transportverträge Verträge über das „Erbringen von Dienstleistungen“? Davon hängt es ab, ob für sie die Neuregelung in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO gilt²³ oder ob man sie weiterhin „nach altem Muster“ über Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO bewältigen muss.²⁴ Die Antwort muss in zwei Schritten erfolgen: Der erste Schritt muss den einschlägigen Dienstleistungsbegriff klarstellen (1), der zweite Transportverträge darunter subsumieren (2).

Regulation Rn. 138; *ders.*, JZ 2009, 958, 961; *Verlinden*, 8 Col. J. Eur. L. 493, 497 (2002); *Leffler*, SvJT 2002, 816, 822; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2003, Art. 5 EuGVO Rn. 10c; *Rauscher/Leible* (Fn. 7), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 41; v. *der Seipen*, FS Erik Jayme, 2004, S. 859, 867; *Klemm* (Fn. 14), S. 61, 62; *Rodriguez* (Fn. 14), Rn. 659; *Ballarino/Mari*, Riv. dir. int. 2006, 7, 30 sowie Cassaz., Riv. dir. int. priv. proc. 2006, 427, 429 f.

²¹ Zur Kombination von Art. 5 Nr. 1 Hs. 1 EuGVÜ (heute Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVVO) und Seetransport z.B. Hof van Cass. ETR 2006, 49.

²² *Kubis*, ZEuP 2001, 737, 751; *Carballo Piñeiro*, REDI 2002, 372, 377; *Hau*, ZZP Int. 7 (2002), 214, 219; *Kienle*, IPRax 2005, 113, 114 f.; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 143.

²³ Dafür Cass. com. D. 2010, 2917 m. zust. Anm. *Delpech*; Rb. Kh. Hasselt, TBH 2003, 623 m. Anm. *Kruger*; Rb. Kh. Antwerpen, ETR 2005, 657, 668 f.; *Leipold*, GS Alexander Lüderitz, 2000, S. 431, 446; *Hau*, ZZP Int. 5 (2000), 284, 289; *Bonassies*, ETR 2002, 727, 732; *Meeusen/Neut* (Fn. 7), S. 37, 63; *Stephan Roland*, JPA 2003, 136; *Rauscher/Leible* (Fn. 7), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 50; *Matthias Lehmann*, NJW 2007, 1500, 1502; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 90, 125; *ders.*, TranspR 2008, 67, 68 f.; *ders.*, TranspR 2009, 303, 304; *Ansgar Staudinger*, RRA 2007, 155, 157; *Legros*, Clunet 134 (2007), 799, 821; *Wipping*, Der europäische Gerichtsstand des Erfüllungsortes, 2008, S. 167 f., 200; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2009, Art. 5 EuGVVO Rn. 10b; *Rolf Wagner*, TranspR 2009, 281, 283; *Reis*, MR-Int 2009, 118, 119; *Tenenbaum*, Rev. contrats 2010, 206, 208-211 sowie EuGH 9.7.2009 – Rs. C-204/08, Slg. 2009, I-6073 – Peter Rehder/Baltic Air Corp..

²⁴ Dafür notwendig, da lit. b verneinend, Rb. Kh. Antwerpen, ETR 2005, 687, 700; LG Hamburg, NJOZ 2006, 2186, 2188; *de Meij*, TVR 1999, 125; *ders.*, Samenloop van CMR-verdrag en EEX-verordening. 2003, S. 257 f.; *Schlosser* (Fn. 23), Art. 5 EuGVO Rn. 10b; *Verguts/Verhees*, ETR 2003, 403, 438 f.

1. Definition des Dienstleistungsbegriffs

Die Qualifikation vollzieht sich verordnungsautonom, ohne Rückgriff **10** auf nationale Rechtsordnungen oder auf das anwendbare materielle Recht. Ausgangspunkt ist der primärrechtliche Dienstleistungsbegriff der Artt. 56; 57 AEUV (ex Artt. 49; 50 EGV).²⁵ Zu den Verträgen über Dienstleistungen zählen im Kern Werk-, Werklieferungs- und Geschäftsbesorgungsverträge sowie solche Dienstverträge, die keine Arbeitsverträge sind.²⁶ Gemeinsames Merkmal ist, dass eine tätigkeitsbezogene Leistung an den Kunden erbracht wird²⁷ und keine Veräußerung oder Gebrauchsüberlassung im Vordergrund steht.²⁸ Dies deckt sich im Ansatz mit einem volkswirtschaftlichen Verständnis. Diesem zufolge sind Dienstleistungen Produktionsakte. Sie sind also als Wirtschaftsgüter keine fertigen Produkte, sondern vielmehr alle Tätigkeiten,

²⁵ Siehe nur GA in *Verica Trstenjak*, Schlussanträge in der Rs. C-533/07 vom 27.1.2009 Nr. 60; BGE 121 III 336, 340; östOGH, ÖJZ 2004, 388, 390; OLG Düsseldorf, IHR 2004, 108, 110; OLG München, NJW-RR 2007, 1428 = RRA 2007, 182, 183; Rb. Kh. Hasselt, TBH 2003, 623 m. Anm. *Kruger*; LG Hamburg, NJOZ 2006, 2186, 2188; *Wieczorek/Rolf A. Schütze/Rainer Hausmann*, ZPO, Bd. I/1: §§ 1-49 ZPO; EuGVÜ usw., 3. Aufl. 1994, Art. 13 EuGVÜ Rn. 15; *Thorn*, IPRax 1995, 294, 298; *Markus*, SZW 1999, 205, 211; *Vlas*, WPNR 6421 (2000), 745, 750; *Couwenberg/Pertegás Sender*, in: *Van Houtte/Pertegás Sender* (Fn. 18), S. 31, 50 § 3-33; *Bajons*, FS Reinhold Geimer, 2002, S. 15, 55 Fn. 118; *Meeusen/Neut* (Fn. 7), S. 37, 63; *Fach Gómez*, Rev. der. com. eur. 14 (2003), 181, 207 f.; *Ignatova* (Fn. 14), S. 195; *Knöbl*, RdW 2006, 131; *Mankowski*, RIW 2006, 321, 322; *ders.*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 89; *ders.*, JZ 2009, 958, 960; *ders.*, CR 2010, 137, 138; *Wipping* (Fn. 23), S. 161; *Markus*, Tendenzen beim materiellrechtlichen Vertragserfüllungsort im internationalen Zivilverfahrensrecht, Basel 2009, S. 143; *Reis*, MR-Int 2009, 118; *Rauscher/Leible* (Fn. 7), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 49 sowie *McGuire*, GPR 2010, 97, 102.

Verbatim leider tendenziell anders EuGH 23.4.2009 – Rs. C-533/07, Slg. 2009, I-3327, Rn. 34 – Falco Privatstiftung und Thomas Rabitsch/Gisela Weller-Lindhorst; *Ubertazzi*, GRUR Int. 2010, 103, 108 f.

²⁶ Siehe nur AG Hamburg, VuR 1998, 346, 347; *Heike Wegner*, Internationaler Verbraucherschutz beim Abschluss von Timesharingverträgen: § 8 TzWrG, 1998, S. 104; *Knöfel*, Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten, 2005, S. 274 f.; *Mankowski*, in: *Spindler/Wiebe* (Fn. 20), Kap. 11 Rn. 13.

²⁷ Siehe nur BGHZ 123, 380, 385; OLG Düsseldorf, RIW 1996, 681, 683; AG Hamburg, VuR 1998, 346, 347; *Schoibl*, JB1 1998, 700, 707; *Staudinger/Magnus*, BGB, Artt. 27-37 EGBGB, 13. Bearb. 2002, Art. 29 EGBGB Rn. 52; *Martiny*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. X: IPR; Artt. 1-46 EGBGB, 4. Aufl. 2006, Art. 29 EGBGB Rn. 17.

²⁸ v. *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 10 Rn. 67; *Mankowski*, in: *Spindler/Wiebe* (Fn. 20), Kap. 11 Rn. 13.

die nachgefragt werden können.²⁹ Dementsprechend ist der Dienstleistungsbegriff weit zu verstehen.³⁰

- 11 Allerdings besteht keine vollständige Kongruenz zwischen dem Dienstleistungsbegriff des Kollisionsrechts einerseits und dem Dienstleistungsbegriff der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit andererseits.³¹ Zum einen sind mit den Versicherungsverträgen im IPR Vertragstypen ausgegrenzt, die im Primärrecht unbedingt erfasst sind. Versicherungsverträge haben im IPR ein Sonderregime, im Primärrecht nicht. Ausweislich Art. 7 Rom I-VO; 1 Abs. 2 lit. d EVÜ; 37 Nr. 4 EGBGB; 7-15 EGVVG; 7 Zweite RL Schadensversicherung,³² 7-12 a EuGVÜ/LugÜ; 8-14 EuGVVO/revLugÜ sind Versicherungsverträge in IPR und IZPR keine dem (allgemeinen) Internationalen Verbraucherschutzrecht unterfallenden Dienstleistungen, obwohl sie Dienstleistungen im Sinne des Gemeinschaftsrechts sind.³³ Zum anderen kennt das Primärrecht neben der Dienstleistungsfreiheit die Kapitalverkehrsfreiheit. Dieser speziellen Freiheit unterfallen Vertragstypen aus dem Finanz- und Bankbereich, die im IPR vom Dienstleistungsbegriff sicher erfasst sind, zuvörderst Brokergeschäfte.³⁴ Inwieweit (nicht zweckgebunde-

²⁹ Heike Wegner (Fn. 26), S. 104 mwN; Mankowski, in: Spindler/Wiebe (Fn. 20), Kap. 11 Rn. 13; ders., RIW 2006, 321, 322; ders., AnwBl 2006, 806, 807; ders., in: Magnus/Mankowski (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 90.

³⁰ Siehe nur OGH, ÖJZ 2004, 388, 390; OLG Köln, RIW 2005, 778, 779; Brenn, Europäisches Zivilprozess, Wien 2005, Rn. 72; Mankowski, RIW 2006, 321, 322; ders., AnwBl 2006, 806, 807; ders., in: Magnus/Mankowski (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 90.

³¹ Mankowski, EWiR Art. 13 EuGVÜ 2/99, 1171, 1172; ders., RIW 2006, 321, 322; ders., AnwBl 2006, 806, 807; ders., in: Magnus/Mankowski (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 91; Rauscher/Leible (Fn. 7), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 49.

³² Zweite Richtlinie 88/357/EWG des Rates vom 22.6.1988 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG, ABl. EG 1988 L 172/1; siehe außerdem Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.11.2002 über Lebensversicherungen, ABl. EG 2002 L 345/1.

³³ Siehe nur östOGH, ÖJZ 2004, 388, 390; Hau, IPRax 2000, 354, 359; Furrer/Schramm, SJZ 2003, 137; Rauscher/Leible (Fn. 7), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 50; Mankowski, in: Magnus/Mankowski (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 91.

³⁴ Siehe dafür nur BGH, NJW 1991, 1632; BGH, NJW 1993, 2640; OLG Düsseldorf, WM 1989, 50, 54; OLG Düsseldorf, WM 1994, 376, 377 = RIW 1994, 420 m. Anm. Mankowski (dazu Steiner, EWiR Art. 27 EGBGB 1/94, 255; Rauscher, WuB Abs. 1 G 5. - 4.94, 592; Tobias Lenz, WiB 1994, 651; Johannes M. Schmidt, [1995] JBL 308); OLG Düsseldorf, WM 1995, 1349, 1351 = RIW 1995, 769 (dazu Ulrike Schäfer, WuB VII A. Art. 5 EuGVÜ 1.95, 1220; Geimer, EWiR Art. 5 EuGVÜ 1/96, 939; Mankowski, RIW

ne) Kreditverträge erfasst sind, ist umstritten.³⁵ Allerdings erfüllt der Dienstleistungsbegriff im Primärrecht eine Aufgabe bei der Vollendung des Binnenmarktes, die er so unter der EuGVVO natürlich nicht wahrnimmt.³⁶ Wirtschafts- und eventuell fiskalpolitische Dimensionen des primärrechtlichen Dienstleistungsbegriffs schlagen sich unter der EuGVVO nicht nieder.³⁷ Insoweit ist der internationalzivilprozessuale Dienstleistungsbegriff vom Regelungszweck etwas anders ziseliert.³⁸ Im Primärrecht ist die Dienstleistungs- gegenüber der Niederlassungsfreiheit nach der Intensität der Eingliederung in einen Mitgliedstaat abzugrenzen, während es im IZPR nur auf den einzelnen Vertrag ankommt.³⁹ Zur Warenverkehrsfreiheit verläuft die Grenze dagegen ganz ähnlich wie zwischen den beiden Spiegelstrichen des Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO.⁴⁰

Der Dienstleistungsbegriff in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO ist zudem **12** gleich jenem in Art. 5 Abs. 1 EVÜ; 29 Abs. 1 EGBGB; 13 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ zu verstehen.⁴¹ Dort sind bereits wertvolle Markierungsmarken gesetzt. Diese gelten auch für Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO fort.⁴²

1996, 1001); *Thorn*, IPRax 1995, 294, 298; *Spindler*, IPRax 2001, 400, 406; *Kowalke*, Die Zulässigkeit von internationalen Gerichtsstands-, Schiedsgerichts- und Rechtswahlklauseln bei Börsentermingeschäften, 2002, S. 80-83; *Krammer*, Internet Brokerage, 2002, S. 204 f.; *Reithmann/Martiny/Mankowski*, Internationales Vertragsrecht, 6 Aufl. 2004, Rn. 1241.

³⁵ Eingehend dazu mit umfassenden Nachweisen *Mankowski*, RIW 2006, 321, 322-324; *Jochen Hoffmann/Primaczenko*, WM 2007, 189; aus der Rechtsprechung BGHZ 165, 248.

³⁶ EuGH 23.4.2009 – Rs. C-533/07, Slg. 2009, I-3327, Rn. 34 – Falco Privatstiftung und Thomas Rabitsch/Gisela Weller-Lindhorst; *Mumelter*, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im europäischen Zivilprozessrecht, Wien 2006, S. 141; *Czernich*, in: *Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht, 3. Aufl. Wien 2009, Art. 5 EuGVVO Rn. 38; *Renna*, Die Durchsetzung des anwaltlichen honoraranspruchs im europäischen Rechtsverkehr, 2010, S. 177 f.; *Rauscher/Leible* (Fn. 7), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 49.

³⁷ EuGH 23.4.2009 – Rs. C-533/07, Slg. 2009, I-3327, Rn. 35, 39 – Falco Privatstiftung und Thomas Rabitsch/Gisela Weller-Lindhorst; *Markus*, AJP 2010, 971, 973 f.

³⁸ *McGuire*, GPR 2010, 97, 102.

³⁹ *Wipping* (Fn. 23), S. 161.

⁴⁰ *Wipping* (Fn. 23), S. 162.

⁴¹ Siehe nur östOGH, ÖJZ 2004, 388, 390; OLG Düsseldorf, IHR 2004, 108, 110; OLG Köln, RIW 2005, 778 f.; OLG Hamm, IHR 2006, 84, 85 f.; *Leipold*, GS Alexander Lüderitz, 2000, S. 431, 446; *Hau*, IPRax 2000, 354, 359; *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325, 328; *Lima Pinheiro* (Fn. 18), S. 84 f.; *Ganssaue*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verbraucherverträgen im Internet, 2004, S. 26; *Klemm* (Fn. 14), S. 67;

- 13 Es gilt: Nicht alles, was im Primärrecht Dienstleistung ist, ist zugleich *automatisch* Dienstleistung für die Zwecke der EuGVVO, und nicht alles, was primärrechtlich keine Dienstleistung ist, zugleich *automatisch* keine Dienstleistung für die Zwecke der EuGVVO.⁴³ Jedoch ist zu vermuten, dass eine Dienstleistung im Sinne des Primärrechts auch eine Dienstleistung im Sinne der EuGVVO ist.⁴⁴ Diese Vermutung ist indes widerleglich. Eine Widerlegung vollzieht sich über abdrängende Sonderzuweisungen oder über eigene Wertungen der EuGVVO. Es gibt keine sklavische Gefolgschaft und keine strikte Determinierung durch das Primärrecht. Das Primärrecht gibt eine wertvolle und gewichtige Hilfestellung, aber es dominiert nicht absolut. Der EuGH drückt sich in der Falco-Entscheidung⁴⁵ insoweit leider zu apodiktisch, zu kategorisch und zu ablehnend aus.⁴⁶ Richtig ist, dass nirgends eine mit Artt. 56; 57 AEUV *identische* Auslegung verlangt ist. Dies heißt aber nicht, dass Artt. 56; 57 AEUV keine Rolle spielen dürften. Das Gegenteil ist der Fall. Das Primärrecht mag seine eigenen Zwecke verfolgen, insbesondere möglichst viel in den Genuss einer Grundfreiheit kommen zu lassen. Dies heißt aber nicht, dass die so erzielten Ergebnisse für die EuGVVO von vornherein unbrauchbar wären. Das Gegenteil ist der Fall. Jede Anlehnung muss sich bewusst sein, dass verschiedene Zwecke im Raum stehen können, und muss deshalb Vorsicht walten lassen.⁴⁷ Vorsicht auf dem Makroniveau heißt aber nicht, dass man auf dem Mikroniveau im Detail sich nicht anlehnen könnte.⁴⁸

Mankowski, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 89; *Renna* (Fn. 36), S. 178.

⁴² BGH, NJW 2006, 1806, 1807; *Mankowski*, AnwBl 2006, 806, 807; *Renna* (Fn. 36), S. 178.

⁴³ Treffend GAin *Verica Trstenjak*, Schlussanträge in der Rs. C-533/07 vom 27.1.2009 Nr. 60.

⁴⁴ Nachweise wie Fn. 25.

⁴⁵ EuGH 23.4.2009 – Rs. C-533/07, Slg. 2009, I-3327, Rn. 34 – Falco Privatstiftung u. Thomas Rabitsch/ Gisela Weller-Lindhorst.

⁴⁶ *Polak*, Ars Aequi 2009, 400, 406; *Mankowski*, JZ 2009, 958, 960; *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 6 Rn. 51; *Leible*, EuZW 2010, 303, 304.

⁴⁷ Vorbildlich GAin *Verica Trstenjak*, Schlussanträge in der Rs. C-533/07 vom 27.1.2009, Slg. 2009, I-3329, Nr. 64.

⁴⁸ Treffend *Polak*, Ars Aequi 2009, 400, 406.

2. Transport als Dienstleistung

Ist Transport nun eine Dienstleistung in diesem Sinne? Die Antwort muss „Ja“ lauten.⁴⁹ Transport ist Tätigkeit im Interesse eines anderen. Unter einem Transportvertrag wird diese Tätigkeit geschuldet, bestärkend der Transporterfolg, d.h. der Transport bis zum vereinbarten Zielort. **14**

a) Art. 58 AEUV

Methodisch ist die Antwort zu untermauern: Grundsätzlich bieten Artt. 56 ff. AEUV eine starke Orientierung.⁵⁰ Art. 58 AEUV aber ordnet den Transport den Dienstleistungen im Sinne des Primärrechts zu. Dies kann man auf den sekundärrechtlichen Dienstleistungsbegriff des europäischen IZPR übertragen.⁵¹ Zwar nimmt Art. 58 Abs. 1 AEUV den Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs vom Anwendungsbereich der Artt. 56; 57 AEUV aus und unterwirft ihn den besonderen Vorschriften über den Verkehr nach Artt. 90-100 AEUV. „Dienstleistung“ ist aber nicht nur, was formell gerade unter Artt. 56 f. AEUV fällt. Dies hieße die Bedeutung eines bloßen Ausgangs- und Anhaltspunktes zu übertreiben und zu verabsolutieren. Dienstleistung ist vielmehr, was materiell nach den durchaus in Anlehnung an Artt. 56 f. AEUV zu gewinnenden Kriterien Dienstleistung ist. Art. 58 Abs. 1 AEUV spricht ausdrücklich vom „freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs“.⁵² Deutlicher kann man kaum machen, dass gerade Verkehr als Dienstleistung angesehen wird, auch wenn man formell nicht die allgemeinen, sondern spezielle Vorschriften zur konkreten Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit heranzieht.⁵³ Der sekundärrechtliche Dienstleistungsbegriff klebt nicht Buchstabe für Buchstabe am primärrechtlichen Begriff ausschließlich der Artt. 56 f. AEUV. Er hat seine eigenen Ausnahmen, und er nimmt im Primärrecht zum Ausgangspunkt, was materiell Dienstleistungen betrifft. Wegen der hohen Regulierungsdichte und der besonderen strategischen Bedeutung des Verkehrs für die Volkswirtschaften der einzelnen europäischen Staaten⁵⁴ hat sich der europäische

⁴⁹ Nachweise oben Fn. 23.

⁵⁰ Oben B III 1.

⁵¹ Rb. Kh. Hasselt TBH 2003, 623 m. Anm. *Kruger; Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 125.

⁵² Hervorhebung hinzugefügt.

⁵³ *Streinz/Müller-Graff*, EUV/EGV, 2003, Art. 51 EGV Rn. 1.

⁵⁴ *Streinz/Müller-Graff* (Fn. 53), Art. 51 EGV Rn. 1; *Lenz/Borchardt/Hakenberg*, EUV/EGV, 4. Aufl. 2006, Art. 51 EGV Rn. 1; *Calliess/Ruffert/Christian Jung*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 70 EG-Vertrag Rn. 1.

Gesetzgeber für Dienstleistungen aus diesem Bereich ein gesondertes Regime geschaffen.⁵⁵ Diese spezielle Behandlung betrifft nur das Primärrecht, ohne dass man ihr bei Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO buchstäblich folgen müsste. Nirgends steht geschrieben, dass für dessen Zwecke Dienstleistung nur und ausschließlich wäre, was gerade Artt. 56 f. AEUV und keiner anderen Vorschrift des AEUV unterfiele. Vielmehr ist der primärrechtliche Begriff ein Ausgangspunkt und unter Berücksichtigung internationalzivilverfahrensrechtlicher Interessen weiterzuentwickeln.⁵⁶ Wenn man im IZPR richtigerweise wegen Spezialregelung die Versicherungen aus dem Dienstleistungsbegriff ausklammert,⁵⁷ dann kann man auch flexibel und angemessen auf Sonderregeln im Primärrecht reagieren. Die Existenz des Art. 58 Abs. 1 AEUV erklärt sich demnach zwanglos aus der eigenen Systematik und dem Aufbau des AEUV insgesamt.⁵⁸ Vielmehr sind Artt. 56 f. AEUV in einer Gesamtschau mit Art. 58 Abs. 1 und Artt. 90-100 AEUV zu sehen, wonach bestimmte Dienstleistungen besonderen Regelungen unterstehen, die aufgrund des Aufbaus des AEUV in einem eigenen Titel zusammengefasst sind.⁵⁹ Der EuGH hat mit Recht immer die Grundsätze des freien Dienstleistungsverkehrs zur Auslegung des Sekundärrechts im Bereich der Verkehrspolitik bei der Seeschifffahrt herangezogen.⁶⁰ Der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs ist im Bereich des Verkehrs also keineswegs unanwendbar⁶¹ oder nicht zu Hause. Artt. 90-100 AEUV genießen Anwendungsvorrang; dieser hat aber keinen verdrängenden Charakter und kann

⁵⁵ *Calliess/Ruffert/Winfried Kluth* (Fn. 54), Art. 51 EG-Vertrag Rn. 1 f., Art. 49, 50 EG-Vertrag Rn. 15.

⁵⁶ *Rauscher/Leible* (Fn. 7), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 49.

⁵⁷ Oben bei Fn. 32 mwN.

⁵⁸ *Matthias Lehmann*, NJW 2007, 1500, 1502 Fn. 16.

⁵⁹ Vgl. *Matthias Lehmann*, NJW 2007, 1500, 1502.

⁶⁰ Siehe EuGH 22.5.1985 – Rs. 13/83, Slg. 1985, 1513, 1599 Rn. 62 – Parlament/Rat; EuGH 14.7.1994 – Rs. C-379/92, Slg. 1994, I-3453, I-3494 Rn. 13 f. – Strafverfahren gegen Matteo Peralta; EuGH 5.10.1994 – Rs. C-381/93, Slg. 1994, I-5145, I-5168 Rn. 13 – Kommission/Frankreich; EuGH 18.6.1998 – Rs. C-266/96, Slg. 1998, I-3949, I-3999 f. Rn. 55 ff. – Corsica Ferries France SA/Gruppo Antichi Ormezzatori del porto di Genova Coop. arl u.a.; EuGH 18.1.2001 – Rs. C-361/98, Slg. 2001, I-385, I-433 f. Rn. 31 ff. – Italien/Kommission (Mailänder Flughafen); dem zustimmend *Streinz/Müller-Graff* (Fn. 53), Art. 51 EGV Rn. 6; v. *der Groeben/Schwarze/Troberg/Tiedje*, EUV/EGV, Bd. I: Artt. 1-53 EUV; 1-80 EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 51 EGV Rn. 3; *Schwarze/Holoubek*, EGV, 2. Aufl. 2009, Art. 51 EGV Rn. 3.

⁶¹ EuGH 6.2.2003 – Rs. C-92/01, Slg. 2003, I-1291, I-1313 Rn. 23 – Georgios Stylianiakis/Elliniko Dimosio; *Rudolf Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/EGV, 6. Aufl. 2010, Art. 91 AEUV Rn. 2.

den Artt. 56 f. AEUV ihre subsidiäre Anwendbarkeit belassen, so dass diese wieder in ihre Rechte eintreten könnten, wenn die Artt. 90-100 AEUV nicht ausgeschöpft werden.⁶²

b) Systematisches Argument aus Artt. 5 Abs. 4 lit. b EVÜ; 13 Abs. 3 EuGVÜ/LugÜ

Zum Blick auf das Primärrecht tritt ein systematisches Moment hinzu: **16** Artt. 5 Abs. 4 lit. b EVÜ; 13 Abs. 3 EuGVÜ/LugÜ nehmen Beförderungsverträge ausdrücklich von der Anwendung des Internationalen Verbrauchervertrags- und Verbraucherprozessrechts aus. Artt. 5 Abs. 1 EVÜ; 13 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ begrenzen aber den sachlichen Anwendungsbereich des Internationalen Verbrauchervertrags- und Verbraucherprozessrechts von vornherein auf Verträge über die Lieferung von Waren oder das Erbringen von Dienstleistungen sowie Finanzierungsverträge dazu. Wenn Transportverträge weder Verträge über die Lieferung von Waren noch Verträge über das Erbringen von Dienstleistungen wären, bedürfte es keiner ausdrücklichen Ausnahme. Vielmehr impliziert die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Ausnahme, dass der sachliche Anwendungsbereich im Prinzip eröffnet ist. Da Transportverträge definitiv keine Verträge über die Lieferung von Waren sind, müssen sie daher auch im Verständnis des Konventionsgebers Verträge über das Erbringen von Dienstleistungen sein. Zugestanden sei zwar, dass dieses systematische Argument sich für Art. 15 EuGVVO nicht in gleicher Weise vorbringen lässt, weil dort zwar weiterhin eine ausdrückliche Ausnahme für Transportverträge in Art. 15 Abs. 3 EuGVVO obwaltet, der sachliche Anwendungsbereich des neuen Internationalen Verbraucherprozessrechts aber auf prinzipiell alle Vertragstypen erweitert ist. Jedoch lehnt sich Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO in seiner Begriffswelt und Begriffsbildung anerkanntermaßen an Art. 13 EuGVÜ/LugÜ als Vorläufer und Vorbild an.⁶³ Er wird von dieser systematischen Querverbindung geprägt, nicht von jener zu Art. 15 EuGVVO.

⁶² v. der Groeben/Schwarze/Troberg/Tiedje (Fn. 60), Art. 51 EGV Rn. 1.

Vgl. aber auch EuGH 22.5.1985 – Rs. 13/83, Slg. 1985, 1513, 1599 Rn. 64 – Parlament/Rat; EuGH 13.7.1989 – Rs. 4/88, Slg. 1989, 2583, 2607 Rn. 14 – Lambregts Transportbedrijf/Belgischer Staat; EuGH 13.12.1989 – Rs. 49/89, Slg. 1989, 4441, 4456 Rn. 10 – Corsica Ferries France/Direction générale des douanes françaises; EuGH 7.11.1991 – Rs. C-17/90, Slg. 1991, I-5253, I-5282 Rn. 7 – Pinaud Wieger GmbH Spedition/Bundesanstalt für den Güterfernverkehr; Streinz/Müller-Graff (Fn. 53), Art. 51 EGV Rn. 5; Schwarze/Holoubek (Fn. 60), Art. 51 EGV Rn. 1.

⁶³ Oben bei Fn. 35 mit Nachweisen.

c) *Fehlende Bedeutung der Artt. 5 Rom I-VO; 4 Abs. 4 EVÜ; 28 Abs. 4 EGBGB für den Dienstleistungsbegriff*

- 17 Auch Artt. 5 Rom I-VO; 4 Abs. 4 EVÜ; 28 Abs. 4 EGBGB lassen sich nicht gegen den Dienstleistungscharakter von Transportverträgen ins Feld führen.⁶⁴ Es gibt zwar eine besondere Anknüpfungsregel für Güterbeförderungsverträge. Diese Sonderregel besagt nur, dass der Konventionsgeber eine besondere Behandlung für richtig hielt – mehr aber nicht. Die Sonderregel besagt nur, dass man die allgemeine Regel nicht wollte – mehr aber nicht. Über Qualifikationsfragen verhalten sich Artt. 5 Rom I-VO; 4 Abs. 4 EVÜ; 28 Abs. 4 EGBGB gar nicht. Aus ihnen lässt sich sogar – anders als aus Art. 5 Abs. 4 lit. b EVÜ; 29 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 EGBGB – kein Honig per Umkehrschluss saugen, eben weil die allgemeine Regel, aus der ein Stück ausgeschnitten wird, anders formuliert ist.

d) *Transportvertrag als Vertrag sui generis?*

- 18 Teilweise wird Transportverträgen der Charakter von Verträgen sui generis zugesprochen, weil bei ihnen auch ein Erfolg geschuldet sei, und darüber aus den Verträgen über das Erbringen von Dienstleistungen ausgegrenzt.⁶⁵ Dies verkürzt jedoch den europäischen Dienstleistungsbegriff, dem unterstellt wird, er würde keine Resultatsverpflichtungen erfassen.⁶⁶ Der europäische Dienstleistungsbegriff ist jedoch keineswegs beschränkt auf die reine Tätigkeitsverpflichtung ohne jede Erfolgskomponente. Vielmehr umfasst er auch Verträge mit Tätigkeits- und Erfolgsverpflichtung. Werkverträge in deutscher Terminologie sind miterfasst.⁶⁷

e) *Mangelnde Überzeugungskraft der Alternative*

- 19 Die Alternative zur Qualifikation von Transportverträgen als Verträge über das Erbringen von Dienstleistungen würde dahin gehen, dass man rein und allein auf die Auslieferung abstellen würde. Dies würde jedoch wesentliche Momente der eigentlichen Leistung vernachlässigen, ja das namensgebende Moment der Beförderung. Es heißt eben (in allen Sprachen) „Transport“- oder „Beförderungsvertrag“, nicht „Ablieferungsvertrag“.

⁶⁴ So aber LG Hamburg, NJOZ 2006, 2186, 2188.

⁶⁵ So Rb. Kh. Antwerpen, ETR 2005, 687, 700; *de Meij, Samenloop* von CMR-Vertrag en EEX-Verordening, Groningen 2003, S. 257 f.; *Verguts/Verhees*, ETR 2003, 403, 438 f.

⁶⁶ Rb. Kh. Antwerpen, ETR 2005, 687, 700.

⁶⁷ Oben Fn. 25.

Zudem kann man nur bei Güterbeförderungsverträgen auf die Auslieferung 20
abstellen. Bei Personenbeförderungsverträgen kann man kaum von einer „Auslieferung der Passagiere samt Gepäck“ am Zielort sprechen. Vielmehr würde man dort immer von einem Transport an den Zielort oder zum Zielort sprechen. Schon die Redewendung von der Ablieferung der Passagiere am Zielort wäre eher kolloquial und jedenfalls kein *terminus technicus* der Fachsprache.⁶⁸ Wenn man bei Güterbeförderungsverträgen auf die Auslieferung der Waren abheben wollte, würde man daher eine Differenzierung in das Gesamtreich der Transportverträge hineinbringen. Man müsste den Erbringungsort der Dienstleistung „Transport“ unterschiedlich auffassen, je nachdem, ob es sich um einen Güter- oder um einen Personenbeförderungsvertrag handelt.

IV. Bedeutung der Rehder-Entscheidung für *alle* Beförderungsverträge

1. Sachliche Bedeutung

Der EuGH hat in seiner Rehder-Entscheidung vom Juli 2009 judiziert: 21
Unter Art. 5 Nr. 1 lit. b 2. Spiegelstrich EuGVVO begründen Ausgangs- wie Bestimmungsort einer Flugreise gleichermaßen einen Erfüllungsort, um dort Verspätungsschäden einzuklagen.⁶⁹ Der EuGH schafft damit willkommene Klarheit über den europäischen Erfüllungsortsgerichtsstand bei *allen* Beförderungsverträgen. Man darf sich nicht durch den Tenor der Rehder-Entscheidung irremachen lassen. Dieser Tenor ist zu spezifisch formuliert, indem er sich fallbezogen auf Ansprüche aus der FluggastrechteVO⁷⁰ beschränkt. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO gilt aber sachlich gleichermaßen für

⁶⁸ Vgl. ähnlich *Markus*, AJP 2010, 971, 974.

⁶⁹ EuGH 9.7.2009 – Rs. C-204/08, Slg. 2009, I-6073 – Peter Rehder/Baltic Air Corp. = TranspR 2009, 336 = EuZW 2009, 569 m. Anm. *Leible* = JPA 2009, 291 m. Anm. *Roland/Insel*; dazu *Mankowski*, TranspR 2009, 303; *Combet*, Rev. Lamy dr. aff. 2009 n°. 42 S. 67; *Wittwer*, Eur. L. Rpter. 2009, 403; *Danisi*, Guida dir. 2009 no. 35 S. 72; *Jiménez Blanco*, La Ley Unión Europea 7294 (30 noviembre 2009), S. 1; *dies.*, REDI 2009, 487; *Treppoz*, Rev. contrats 2010, 195; *Tenenbaum*, Rev. contrats 2010, 206; *Ansgar Staudinger*, IPRax 2010, 140; *Rolf Wagner*, IPRax 2010, 143; *Serranò*, Riv. dir. int. priv. proc. 2010, 77.

⁷⁰ VO (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.2.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der VO (EWG) Nr. 295/91, ABl. EU 2004 L 46/1.

alle Arten von Beförderungsverträgen.⁷¹ Er beschränkt sich nicht auf einzelne ausgewählte Transportmodi, und er umfasst sowohl Güter- als auch Personenbeförderungsverträge.⁷² Alle Beförderungsverträge sind ohne Ausnahme ihrer Natur nach Verträge über das Erbringen von Dienstleistungen im Sinne von Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO.⁷³ Schon der vorliegende BGH hatte seine Fragen bewusst nicht auf die FluggastrechteVO zugeschnitten, sondern allgemeiner gefragt, wenn auch beschränkt auf Flugreisen.⁷⁴

2. Internationale Bedeutung nur für Klagen gegen mitgliedstaatliche Beförderer

22 Allerdings muss man natürlich sogleich eine Einschränkung machen, die sich aus dem *internationalen* Anwendungsbereich der EuGVVO insgesamt ergibt:⁷⁵ Die EuGVVO insgesamt kommt nach Art. 2 Abs. 1 EuGVVO grundsätzlich⁷⁶ nur zum Zuge, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat. Gegen Beklagte mit Wohnsitz in einem Drittstaat kommt sie insgesamt grundsätzlich nicht zur Anwendung – und damit auch kein Gerichtsstand aus Art. 5 EuGVVO,⁷⁷ auch nicht Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO. Der Beginn von Art. 5 EuGVVO insgesamt betont dies nochmals: Dort ist nur von Klagen gegen einen Beklagten mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat die Rede. Der „Wohnsitz“ eines als Gesellschaft betriebenen Unternehmens bestimmt sich in diesem Zusammenhang nach Art. 60 EuGVVO. Es kommt nicht auf irgendeine Zulassung oder Genehmigung an. Zu sagen, dass nur „richtige“, also zugelassene EU-Carrier gemeint wären, wäre nicht präzise. Dies gilt auch für den Luftverkehr. Im Seeverkehr würde es sowie-

⁷¹ *Mankowski*, TranspR 2009, 303; *Ansgar Staudinger*, IPRax 2010, 140, 141; *Roland/Insel*, JPA 2009, 320, 322 f., 324 sowie *Matthias Lehmann/Duczek*, IPRax 2011, 41, 45.

⁷² Für eine Beschränkung auf Passagierverträge dagegen *Jiménez Blanco*, REDI 2009, 487, 488 f., die in der Rehder-Entscheidung Verbraucherschutzgedanken am Werke sieht.

⁷³ Näher oben B III 2.

⁷⁴ BGH, NJW 2008, 2121, 2122.

⁷⁵ Ebenso *Roland/Insel*, JPA 2009, 320, 325.

⁷⁶ Ausnahmen gelten nur für Art. 22 und Art. 23 EuGVVO, außerdem je nach Verständnis für Art. 24 EuGVVO.

⁷⁷ Siehe nur BGE 129 III 738; OGH, ZfRV 2004, 77, 79; Rb. Rotterdam, NIPR 2002 Nr. 48 S. 90; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 9.

so stark verwundern, wenn es sich anders verhielte, denn dort gibt es keine spezifisch registrierten Carrier.⁷⁸

Aus dem System der EuGVVO ist einem weiteren möglichen Missverständnis vorzubeugen: Ein Erfüllungsortsgerichtsstand kann nach der Konzeption des Art. 5 EuGVVO nur in einem anderen Mitgliedstaat liegen als jenem, in welchem der Beklagte seinen Wohnsitz hat.⁷⁹ Wiederum ist der Beginn von Art. 5 EuGVVO insgesamt eigentlich unmissverständlich. Er spricht eindeutig von Klagemöglichkeiten „in einem *anderen* Mitgliedstaat“.⁸⁰ **23**

3. Vorrang von Gerichtsstandsregeln in internationalen Übereinkommen

Ein weiterer Vorbehalt ist zu machen und damit die Bedeutung der Reher-Entscheidung weiter einzuschränken: Nach Maßgabe des Art. 71 EuGVVO gehen Gerichtsstandsregeln in internationalen Übereinkommen vor.⁸¹ Die EuGVVO und damit auch Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO können nur und allein dann zum Zuge kommen, wenn kein internationales Übereinkommen nach Art. 71 EuGVVO vorrangig ist. Die EuGVVO weicht in dem von Art. 71 EuGVVO bezeichneten Rahmen⁸² den internationalen Übereinkommen. Soweit diese anwendbar sind und soweit diese Gerichtsstandsregeln enthalten, gehen jene Gerichtsstandsregeln vor. Dieses caveat ist nicht einschlägig, wenn entweder überhaupt kein einschlägiges Übereinkommen besteht (so im Multimodaltransport) oder zwar ein Übereinkommen besteht, dieses aber keine Gerichtsstandsregeln enthält (so im Seegütertransport unter den Haager und den Visby-Regeln).⁸³ Das caveat ist auch nicht einschlägig, wenn der klaggegenständliche Anspruch sachlich von keinem **24**

⁷⁸ *Mankowski*, TransPR 2009, 303.

⁷⁹ Siehe nur BGE 131 III 76, 80; CA Paris [2000] I.L.Pr. 799, 804; Rb. Rotterdam, NIPR 2006 Nr. 201 S. 305; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 10.

⁸⁰ Hervorhebung hinzugefügt.

⁸¹ Siehe nur AP Vizcaya, Jur. 2003, 181949; AP Barcelona, REDI 2006, 425 f.; *Maseda Rodríguez*, REDI 2006, 426.

⁸² Zu den Grenzen dieses Rahmens (Altverträge vs. Neuverträge, Gemeinschaftskompetenz vs. Mitgliedstaatenkompetenz) bei Art. 71 EuGVVO eingehend *Rauscher/Mankowski* (Fn. 7), Art. 71 Brüssel I-VO Rn. 1-4c; *Mankowski*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 14), Art. 71 Brussels I Regulation Rn. 1-7.

⁸³ Siehe nur *Mankowski*, TransPR 2008, 67.

Übereinkommen erfasst wird (wie im konkreten Fall Rehder der Anspruch auf Verspätungsschaden bei Luftpersonenbeförderung).⁸⁴

V. Gleichwertigkeit von Ausgangs- und Bestimmungsort

- 25 Schwerpunkt und Kernaussage der Rehder-Entscheidung ist die Gleichwertigkeit von Ausgangs- und Bestimmungsort: Jeder von beiden ist gleichermaßen Erbringungsort der Dienstleistung Transport, und jeder von beiden begründet gleichermaßen einen Erfüllungsortsgerichtsstand unter Art. 5 Nr. 1 lit. b 2. Spiegelstrich EuGVVO.

1. Sachgründe jeweils für Bestimmungs- oder Ausgangsort

- 26 Im Grundansatz könnte die Bestimmung einer wirtschaftlichen Hauptleistung, also die Suche nach einem Schwerpunkt,⁸⁵ einen gewissen Vorrang vor einem Wahlrecht des Klägers und entsprechender Belastung des Beklagten haben.⁸⁶ Insoweit besteht ein Streben nach Einheitlichkeit.⁸⁷ Selbst abgesehen von der Offenheit des Kriteriums,⁸⁸ würde es jedoch ausgesprochen schwer fallen, wenn nicht unmöglich sein, eine Präferenzentscheidung zu Gunsten des Ausgangs- oder des Bestimmungsortes zu treffen.⁸⁹ Beide haben ihre Meriten. Hinter beiden stehen stichhaltige Sachüberlegungen.⁹⁰ Für den Bestimmungsort streiten die praktischen Interessen der Ladungsbeizteiligten, eine begrenzte Parallele zum Lieferort beim Kaufvertrag und eine erhebliche Schnittmenge von Abkommensgerichtsständen.⁹¹ Für den Ausgangsort streiten die dortigen Tätigkeitselemente und Verspätungs- wie

⁸⁴ *Mankowski*, TranspR 2009, 303, 304.

⁸⁵ Als Kriterium entnommen aus EuGH 3.5.2007 – Rs. C-386/05, Slg. 2007, I-3699 – Color Drack GmbH/Lexx International Vertriebs GmbH; dazu *Leible/Reinert*, EuZW 2007, 373; *Piltz*, NJW, 2007, 1802; *Sujecki*, EWS 2007, 398; *Mankowski*, IPRax 2007, 404; *Harris*, (2007) 123 L.Q.R. 522; *De Franceschi*, Int'l. Lis 2007, 120; *Luigi Crivellini/Samburgaro*, Giur. it. 2008, 148; *Huber-Mumelter/Mumelter*, JBI 2008, 561.

⁸⁶ EuGH 9.7.2009 – Rs. C-204/08, Slg. 2009, I-6073, I-6091 Rn. 42 – Peter Rehder/Baltic Air Corp.; *Ansgar Staudinger*, IPRax 2008, 493, 495; *Heinrich Dörner*, LMK 2009, 278979.

⁸⁷ *Gregor*, IPRax 2008, 403, 404.

⁸⁸ Kritisch dazu *Mankowski*, IPRax 2007, 404, 410; *ders.*, Yb. PIL 10 (2008), 19, 32 f.

⁸⁹ EuGH 9.7.2009 – Rs. C-204/08, Slg. 2009, I-6073, I-6091 Rn. 42 – Peter Rehder/Baltic Air Corp..

⁹⁰ Vgl. EuGH 9.7.2009 – Rs. C-204/08, Slg. 2009, I-6073, I-6092 Rn. 43 f. – Peter Rehder/Baltic Air Corp.

⁹¹ Näher *Mankowski*, TranspR 2008, 67, 70 f.; vgl. auch *Jiménez Blanco*, REDI 2009, 487, 489; *Roland/Insel*, JPA 2009, 320, 323.

Annullierungsfälle.⁹² Auch am Ausgangsort können sich mit erheblicher Wahrscheinlichkeit relevante Leistungsstörungen zutragen.⁹³ Um sie zu beurteilen, wäre ein Gericht am Bestimmungsort keineswegs beweisnah, sondern im Gegenteil sachfremd.⁹⁴

2. Systematische Argumente für die Gleichwertigkeit von Ausgangs- und Bestimmungsort

Für die Gleichwertigkeit von Ausgangs- und Bestimmungsort⁹⁵ lassen sich mindestens drei systematische Argumente ins Feld führen.⁹⁶ Erstens kann man methodisch den vergleichenden Blick auf Art. 5 Nr. 3 EuGVVO werfen,⁹⁷ wo als Tatort für Delikte Handlungs- und Erfolgsort im Prinzip gleichberechtigt nebeneinander stehen.⁹⁸ Dort wird übrigens auch von „Ort“ im Singular gesprochen, dies aber nicht als Hürde angesehen; in der Konsequenz dürfen sich aus dem Singular in Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO auch keine ausgrenzenden Schlüsse ergeben.⁹⁹ Zweitens sind beide Orte als verstärkende Zusatzmomente im europäischen IPR des Art. 5 Abs. 1 S. 1 wie des Art. 5 Abs. 2 UA 1 S. 1 Rom I-VO und unter den Rechtswahlstatbestän-

⁹² Näher *Mankowski*, *TranspR* 2008, 67, 71 f.

⁹³ BGH, NJW 2008, 2121, 2122 Rn. 17; *Ansgar Staudinger*, *RRa* 2007, 155, 158; *ders.*, *IPRax* 2008, 493, 495; *Mankowski*, *TranspR* 2009, 303, 305.

⁹⁴ *Ansgar Staudinger*, *IPRax* 2008, 493, 495; *Mankowski*, *TranspR* 2009, 303, 305.

⁹⁵ Dafür auch z.B. *Markus*, *AJP* 2010, 971, 974 und zu § 29 ZPO BGH 18.1.2011 – X ZR 71/10 Rn. 34.

⁹⁶ *Mankowski*, *TranspR* 2009, 303, 305.

⁹⁷ EuGH 9.7.2009 – Rs. C-204/08, *Slg.* 2009, I-6073, I-6092 Rn. 45 – Peter Rehder/Baltic Air Corp.; *Verguts/Verhees*, *ETR* 2003, 403, 451 f.; *Mankowski*, *TranspR* 2008, 67, 74; *Jiménez Blanco*, *REDI* 2009, 487, 489.

⁹⁸ Siehe nur EuGH 30.11.1976 – Rs. 21/76, *Slg.* 1976, 1735, 1746 f. Rn. 15/19-24/25 – Handelskwekerij G.J. Bier BV/Mines de Potasse d’Alsace SA; EuGH 11.1.1990 – Rs. C-220/88, *Slg.* 1990, I-49, I-78 Rn. 10 – Dumez France SA u. Tracoba SARL/Hessische Landesbank; EuGH 7.3.1995 – Rs. C-68/93, *Slg.* 1995, I-415, I-460 Rn. 20 – Fiona Shevill/Presse Alliance SA; EuGH 19.9.1995 – Rs. C-364/93, *Slg.* 1995, I-2719, I-2738 f. Rn. 11 – Antonio Marinari/Lloyd’s Bank plc u. Zubaidi Trading Co.; EuGH 27.10.1998 – Rs. C-51/97, *Slg.* 1998, I-6511, I-6544 Rn. 28 – Réunion européenne SA/Splithoff’s Bevrachtungskantoor BV; EuGH 1.10.2002 – Rs. C-167/00, *Slg.* 2002, I-8111, I-8141 Rn. 44 – Verein für Konsumenteninformation/Karl-Heinz Henkel; EuGH 5.2.2004 – Rs. C-18/02, *Slg.* 2004, I-1417, I-1456 Rn. 40 – Danmarks Rederiforening, handelnd für DFDS Torline AS/LO Landsorganisationen i Sverige, handelnd für SEKO Sjöfolk Facket for Service och Kommunikation; EuGH 10.6.2004 – Rs. C-168/02, *Slg.* 2004, I-6009, I-6029 f. Rn. 16 – Rudolf Kronhofer/Marianne Maier.

⁹⁹ *Verguts/Verhees*, *ETR* 2003, 403, 451 f.; *Mankowski*, *TranspR* 2008, 67, 74.

den des Art. 5 Abs. 2 UA 2 litt. d und e Rom I-VO gleichwertig. Allerdings sei zugestanden, dass Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO den Bestimmungsort bevorzugt. Drittens bieten Art. 31 Abs. 1 S. 1 lit. b CMR und Art. 21 Abs. 1 lit. c Var. 1 HbGR Abkommensregimes, in denen beide Orte gleiches Gewicht für die Gerichtsstands begründung entfalten.¹⁰⁰ Allerdings ist wiederum zuzugestehen, dass nur der Bestimmungsort in Art. 33 Abs. 1 MÜ auftritt.

3. Tätigkeitsaspekt der Dienstleistung Transport

28 Einen von beiden Orten gegenüber dem anderen eine höhere Wertigkeit beizumessen, ihm gar eine den anderen ausschließende Priorität zu geben, ist kaum möglich, wenn man auf die Dienstleistung Transport sieht. Warenauslieferung am Ziel könnte bei Güterbeförderungsverträgen das einzige gewichtigere Element sein, welches dem Bestimmungsort einen Vorzug zukommen lassen könnte. Damit aber würde man den Erfolg stärker betonen und dies auf Kosten der Tätigkeit. Spezifisch unter dem Aspekt der Dienstleistung muss aber die entfaltete Aktivität betrachtet werden, der Erfolg ist allenfalls zweitrangig.¹⁰¹ Anderenfalls würden sich die für die Qualifikation einerseits und für die Lokalisierung andererseits ausschlaggebenden Momente verschieben, und man würde Friktionen zwischen Tatbestand und Rechtsfolge erzeugen.¹⁰² Die Dienstleistung Transport setzt sich aus mehreren Segmenten zusammen, die sukzessive aufeinander aufbauen.¹⁰³ Transport ist das Musterbeispiel für sogenannte gestreckte Erfüllung.¹⁰⁴ Ausgangs- und Bestimmungsort sind beide ex ante vorzusehen und zu bestimmen.¹⁰⁵ Schließlich lässt sich für beide Orte jeweils Beweislage für bestimmte Teile der Gesamtleistung anführen.¹⁰⁶ Weshalb ausge-

¹⁰⁰ *Mankowski*, TranspR 2008, 67, 72.

¹⁰¹ *Mankowski*, TranspR 2009, 303, 305.

¹⁰² *Mankowski*, TranspR 2009, 303, 305.

¹⁰³ *Leible*, EuZW 2009, 571, 572; *Rolf Wagner*, IPRax 2010, 143, 146 sowie *Rolf Wagner*, TranspR 2009, 281, 284.

¹⁰⁴ *Leible*, FS Ulrich Spellenberg, 2010, S. 451, 460; *Rauscher/Leible* (Fn. 7), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 55h.

¹⁰⁵ *Thomas Pfeiffer*, LMK 2010, 300579; *Matthias Lehmann/Duczek*, IPRax 2011, 41, 44 f.

¹⁰⁶ So z.B. GA *Carl Otto Lenz*, Schlussanträge in der Rs. C-288/92, Slg. 1994, I-2915, I-2933 Nr. 72; *Spellenberg*, ZZP 91 (1978), 38, 56 f.; *Rauscher*, Verpflichtung und Erfüllungsort in Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ, 1984, S. 213; *Droz*, D. 1997 chron. 351, 355; *Kropholler/v. Hinden*, GS Alexander Lüderitz, 2000, S. 401, 407; *Mankowski*, TranspR 2008, 67,

rechnet der letzte Leistungsabschnitt besondere Bedeutung haben sollte,¹⁰⁷ harrete einer überzeugenden Erklärung.

4. Pragmatismus, nicht dogmatisches Einheitlichkeitsstreben

Zu Recht verfällt der EuGH nicht einem übertriebenen Einheitlichkeitsstreben nach nur einem und immer nur einem Erfüllungsortsgerichtsstand und respektiert die Gleichwertigkeit von Ausgangs- und Bestimmungsort bei Beförderungsverträgen.¹⁰⁸ Er verfällt nicht in einen sturen Dogmatismus, der sich an Einheitlichkeit und Reduktion der besonderen Gerichtsstände als Ideal, koste es was es wolle, ergötzte. Er zeigt keine Verbissenheit, sondern die Offenheit für eine pragmatische und sachgerechte Lösung. Dem EuGH kommt dabei sicherlich entgegen, dass die Zahl der relevanten Erfüllungsorte bei Beförderungsverträgen im Prinzip maximal zwei beträgt¹⁰⁹ und damit keine unüberschaubare Explosion eintritt.¹¹⁰ Zu beiden Orten besteht jeweils eine hinreichend enge Verbindung.¹¹¹ Das Gerichtsstandsrisiko des Beklagten kann sich zwar¹¹² maximal verdoppeln,¹¹³ bleibt jedoch insgesamt klar überschaubar. Es ist nicht unüberschaubar groß, und beide relevanten Orte sind klar erkennbar.¹¹⁴ Beförderer wie Befrachter bzw. Passagier können sie aus dem Vertrag ersehen.¹¹⁵ Schließlich haben sie über eine Beförderung vom Ausgangs- zum Bestimmungsort kontra-

71 für den Bestimmungsort und *Matthias Lehmann*, NJW 2007, 1500, 1502; *Ansgar Staudinger*, RRa 2007, 155, 158; *Mankowski*, TranspR 2008, 67, 72 für den Ausgangsort.

¹⁰⁷ Dafür *Gregor*, IPRax 2008, 403, 404; *Wipping* (Fn. 23), S. 201; vgl. auch *Matthias Lehmann*, NJW 2007, 1500, 1502.

¹⁰⁸ *Mankowski*, TranspR 2009, 303, 305 f.

¹⁰⁹ Bei einer Rundreise, also bei einer letztendlichen Rückkehr zum Ausgangsort als finalem Zielort, sogar nur eins.

¹¹⁰ Rb. Kh. Antwerpen, ETR 2005, 687, 699; *Verguts/Verhees*, ETR 2003, 403, 457; *Mankowski*, TranspR 2008, 67, 74 f. sowie *Matthias Lehmann/Duczek*, IPRax 2011, 41, 44.

¹¹¹ *Verguts/Verhees*, ETR 2003, 403, 459; *Rolf Wagner*, IPRax 2010, 143, 147.

¹¹² Jedenfalls, sofern keine Teilladungen vereinbart sind. Allerdings würde auch dann die Erweiterung des Gerichtsstandsrisikos nicht spezifisch der Kombination von Ausgangs- und Bestimmungsort entstammen, sondern vielmehr dem jeweils betroffenen dieser beiden Punkte entspringen; *Mankowski*, TranspR 2008, 67, 75.

¹¹³ Abhängig davon, ob sich Ausgangs- oder Zielort im Sitzstaat des Beklagten befindet und bei einer solchen Koinzidenz Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO nicht zur Anwendung kommt, soweit es um den Ort in jenem Staat geht.

¹¹⁴ EuGH 9.7.2009 – Rs. C-204/08, Slg. 2009, I-6073, I-6092 Rn. 45 – Peter Rehder/ Baltic Air Corp..

¹¹⁵ Rb. Kh. Antwerpen, ETR 2005, 687, 699; *Mankowski*, TranspR 2008, 67, 75.

hiert. Optionszielorte wie Ausweichzielorte lassen sich bewältigen und einfügen.¹¹⁶ Plurilokalisation mag zwar international gefährlicher sein als national,¹¹⁷ jedoch ist sie insoweit noch limitiert. Richtigerweise erfolgt auch ein spezifischer, auf Transportverträge und deren Charakteristika zugeschnittener Ansatz, kein Rückgriff auf allgemeine wirtschaftliche Kriterien.¹¹⁸

5. Mögliche Besonderheiten bei einer Reisecharter

- 30 Unter einer Reisecharter können sich Besonderheiten ergeben. Je nach Ausgestaltung kann dort der Charterer Tätigkeit am Ausgangs- oder am Bestimmungsort entfalten, je nachdem, welche Partei die vertragliche Verantwortung für Beladen oder Löschen übernommen hat. Die Transportdienstleistung als charakteristische Leistung erbringt aber auch unter einer Reisecharter der Vercharterer. Ihm können aber nicht Tätigkeiten zugeschrieben werden, die gar nicht er, sondern vielmehr der Charterer erbringt. Also ist je nach Ausgestaltung des konkreten Vertrags insbesondere eine Beladung durch den Charterer in Abzug zu bringen. Als Element auf der Seite des Vercharterers bleibt für den Ausgangshafen dann eigentlich nur noch die Schiffsgestellung. Diese ist als solche aber keine eigentliche Tätigkeit, sondern ein bloßes Dulden. Daher ist unter solchen Verträgen fraglich, ob der Ausgangshafen Erbringungsort einer Dienstleistung seitens des Vercharterers und damit gerichtstandsbe gründend wirken kann.

VI. Zusätzliche Bedeutung eines Zwischenhafens oder Umladeortes?

- 31 Bedeutsam bleibt, ob der Kreis der Erfüllungsorte nicht noch erweitert werden sollte. Jeder Erfüllungsort mehr erhöht indes das Gerichtspflichtigkeitsrisiko des potenziellen Beklagten und erweitert das Optionsarsenal für den potenziellen Kläger. Leichtfertig darf man daher die Zahl der Erfüllungsorte nicht erhöhen. Die Einzahl, die Einheitlichkeit des Erfüllungsortes sollte das Ziel bleiben.¹¹⁹ Denn jeder Erfüllungsort ist unter Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO eben Gerichtsstand für *alle* Ansprüche aus dem betreffenden Vertrag. Der EuGH hatte sich in *Color Drack* recht stark einem Einheitsgedanken verschrieben und dafür selbst bei mehreren Teilleistungsorten das

¹¹⁶ Eingehend *Mankowski* (Fn. 7), S. 57-61.

¹¹⁷ *Treppož*, Rev. contrats 2010, 195, 199 f.

¹¹⁸ Vgl. *Matthias Lehmann/Duczek*, IPRax 2011, 41, 43 f.

¹¹⁹ Siehe *Rolf Wagner*, TranspR 2009, 281, 284.

Stichkriterium der wirtschaftlichen Hauptleistung eingeführt.¹²⁰ Dieses – recht unglückliche und inhaltlich schwache¹²¹ – Kriterium führt Rehder verbatim fort. Rehder steht jedoch zuvörderst für das pragmatische Aufweichen des Einheitsgedankens. Der Einheitsgedanke wird nicht zum rigiden Einheitsdogma. Wenn sich beim besten Willen kein relativer Schwerpunkt ausmachen lässt, so sollen eben die Teilleistungsorte gleichwertig sein.¹²² Dies ist nachgerade notwendige Ergänzung zu Color Drack.¹²³ Solcher Pragmatismus fällt aber deutlich leichter, wenn nur zwei möglicherweise relevante Teilleistungsorte in Rede stehen.¹²⁴ Nach Rehder hat der EuGH den Einheitsgedanken in Wood Floor Solutions nochmals stark betont und in den Vordergrund gestellt.¹²⁵

In der Sache mag man freilich zu Gunsten bestimmter Zwischenhäfen **32** als Erfüllungsort argumentieren, dass dort viel passieren kann und dass der Verfrachter dort auch nicht unerhebliche Tätigkeit entfalten kann. Man denke namentlich an eine Umfuhr über ein Terminal im Zwischenhafen. Man denke an eine Umladung auf ein falsches Schiff. Man denke an das Nichtanschießen von Kühlcontainern an landseitige Einrichtungen während der Hafentiegezeit. Man denke an Probleme mit Ladung an Deck und dem Umladen innerhalb des Schiffes. Wenn sich in einem Zwischenhafen wesentliche Tätigkeitselemente aus der Tätigkeit des Verfrachters verwirklichen, insbesondere ein Schiffswechsel samt Umladung, kann man auch diesen Ort als Erbringungsort der Dienstleistung Transport ansehen.¹²⁶

VII. Gerichtsstandsrisiko des Beförderers und Steuerung durch Gerichtsstands- oder Schiedsklauseln

Vergrößert sich durch die Rehder-Entscheidung und die doppelte Anknüpfung an Ausgang- und Bestimmungsort effektiv das Gerichtsstands- **33**

¹²⁰ EuGH 3.5.2007 – Rs. C-386/05, Slg. 2007, I-3699 – Color Drack GmbH/Lexx International Vertriebs GmbH.

¹²¹ Kritik namentlich bei *Mankowski*, IPRax 2007, 404, 410; *dems.*, Yb. PIL 10 (2008), 19, 32 f.

¹²² *Mankowski*, EWiR Art. 5 EuGVVO 2/09, 607, 608; *Leible*, EuZW 2009, 572.

¹²³ *Treppoz*, Rev. contrats 2010, 195, 196.

¹²⁴ *Mankowski*, EWiR Art. 5 EuGVVO 2/09, 607, 608; *ders.*, TranspR 2009, 303, 305 f.; *Rolf Wagner*, IPRax 2010, 143, 147.

¹²⁵ EuGH 11.3.2010 – Rs. C-19/09, NJW 2010, 1189 – Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH/Silva Trade SA.

¹²⁶ Anders *Rolf Wagner*, IPRax 2010, 143, 147 für einen Luftpersonenbeförderungsvertrag mit Umsteigen und Flugzeugwechsel.

risiko der Beförderer? Theoretisch ja, praktisch nein. Denn der Erfüllungsortsgerichtsstand ist nur ein besonderer Gerichtsstand, kein ausschließlicher. Er steht – wie alle besonderen Gerichtsstände der Artt. 5; 6 EuGVVO – der Abbedingung frei. Liegt eine Gerichtsstandsvereinbarung vor, welche den Bedingungen des Art. 23 EuGVVO genügt, so ist Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO abbedungen. Eine Gerichtsstandsvereinbarung kann auch in AGB getroffen werden.¹²⁷ Erst recht ist der Erfüllungsortsgerichtsstand abbedungen, wenn der Beförderungsvertrag eine Schiedsklausel enthält.

- 34 Dies gilt bei einer Personenbeförderung sogar dann, wenn der Passagier eine Privatperson und damit eigentlich Verbraucher ist.¹²⁸ Denn zwar verbietet Art. 17 EuGVVO Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbraucherverträgen – er ist jedoch bei Personenbeförderungsverträgen gar nicht anwendbar, weil Art. 15 Abs. 3 EuGVVO Personenbeförderungsverträge vom sachlichen Anwendungsbereich des europäischen Internationalen Verbraucherprozessrechts ausnimmt.¹²⁹ Derogationsfestigkeit der gesetzlichen Gerichtsstände könnte sich daher nur aus Quellen außerhalb der EuGVVO ergeben, und dafür müssen jene Quellen, nämlich die internationalen Übereinkommen oder spezielle Regelungen des EG-Verbraucherrechts, erst einmal anwendbar sein. Rein nationale Regeln des Verbraucherrechts müssten dem Anwendungsvorrang der EuGVVO weichen und wären nicht einschlägig.

C. Bestimmung des anwendbaren Rechts für Güterbeförderungsverträge unter Art. 5 Rom I-VO

I. Güterbeförderungsvertrag

1. Grundsätzliches

- 35 Für Güterbeförderungsverträge enthält Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO eine Sonderregel, jedenfalls bei der objektiven Anknüpfung. Der Begriff „Güterbeförderungsvertrag“ hat unter Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO denselben Gehalt wie zuvor unter Art. 4 Abs. 4 EVÜ.¹³⁰ Er ist natürlich europäisch-autonom auszufüllen.¹³¹ Zwar ist Art. 4 Abs. 4 S. 2 EVÜ nicht mehr im normativen

¹²⁷ Zu den einzelnen Aspekten z.B. *Rauscher/Mankowski* (Fn. 7), Art. 23 Brüssel I-VO Rn. 1, 12, 16 f., 39b je mwN.

¹²⁸ Siehe nur *Ansgar Staudinger*, IPRax 2010, 140, 142.

¹²⁹ Kritik daran bei *Mankowski*, ZvglRWiss 105 (2006), 120, 124 f.; *dems.*, IPRax 2006, 101, 105; *Ansgar Staudinger*, RRa 2007, 98, 110 f.; *ders.*, RRa 2007, 155, 160; *Schmidt-Bendun*, Haftung der Eisenbahnverkehrsunternehmen, 2006, S. 129-131.

¹³⁰ Siehe nur *Delebecque*, Scritti in onore di Francesco Berlingieri, 2010, S. 431, 436 f.

¹³¹ Siehe nur *Smeele*, WPNR 6824 (2009), 1015, 1017; *Boonk*, TVR 2010, 37, 39.

Teil der Rom I-VO fortgeführt, aber er lebt als Erwägungsgrund (22) S. 2 Rom I-VO sachlich weiter. Die Qualifikationsgrenze bleibt unverändert.¹³² Weiterhin kommt es darauf an, dass ein Vertrag im Kern und wesentlich die Güterbeförderung zum Gegenstand hat.¹³³ Wenn ja, fiel er bisher unter Art. 4 Abs. 4 EVÜ und fällt jetzt unter Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO. Unter einem Güterbeförderungsvertrag muss eine Partei die Verpflichtung übernehmen, physische Güter von einem Ort zu einem anderen verbringen. Es geht um den physischen Transport, die Bewegung und Ortsveränderung in der realen Welt. Der nicht zur Geldleistung Verpflichtete muss zum physischen Transport verpflichtet sein.¹³⁴ Er darf sich nicht auf die bloße Organisation eines physischen Transports oder auf Vermittlungsaktivitäten beschränken.¹³⁵ Er darf sich auch nicht darauf beschränken, der Gegenpartei bloß Transportraum zur Verfügung zu stellen, auf dass diese Gegenpartei dann auf ihr Risiko zusehen möge, ob und wie sie jenen Transportraum einsetzen kann. Güterbeförderungsverträge über immaterielle Güter kann es nicht geben. Wie lang die Transportstrecke ist, ist unerheblich.¹³⁶ Auch ein kurzer Transport von einem Kilometer von einer Seite einer Grenze auf die andere ist ein grenzüberschreitender Güterbeförderungsvertrag. Sogar Bewegungen innerhalb desselben Gebäudes oder Gebäudekomplexes oder auf demselben Grundstück könnten theoretisch Güterbeförderungen in diesem Sinne sein. Allerdings müssten sie sich einer Abgrenzung zum reinen Stapelvertrag und zum Lagervertrag stellen. Soweit eine solche Bewegung innerhalb eines Gebäudes oder Gebäudekomplexes Neben- oder Teilleistung eines Vertrages mit anders geartetem Hauptzweck ist, prägt sie den

¹³² *Mankowski*, TranspR 2009, 497, 498; *ders.*, IHR 2010, 89, 90; *Rolf Wagner*, TranspR 2009, 281, 288; *Smeele*, WPNR 6824 (2009), 1015, 1018; *Zarith*, GWR 2009, 452; *Boonk*, TVR 2009, 95, 99; *ders.*, TVR 2010, 37, 41; *Rudolph*, ZfRV 2010, 18, 21; *Jault-Seseke*, D. 2010, 236, 237; *Lagarde*, Rev. crit. dr. int. pr. 99 (2010), 210 f.; *Legros*, Clunet 137 (2010), 185, 186; *Re*, Riv. dir. int. priv. proc. 2010, 407, 431 f.

¹³³ Eingehend zu diesem Kriterium (insbesondere mit Blick auf die einzelnen Vertragsgestaltungsformen im Seeverkehr) *Mankowski* (Fn. 7), S. 18-21, 89-121; *Espinosa Calabuig*, El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de la ley aplicable, Granada 1999, S. 265-301. Zur typologischen und ökonomischen Dimension *Legros*, Clunet 137 (2010), 185, 189 f.

¹³⁴ *Reithmann/Martiny/Mankowski*, Internationales Vertragsrecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 2571.

¹³⁵ Zur kollisionsrechtlichen Einordnung von Speditionsverträgen *Rugullis*, TranspR 2006, 380; *ders.*, TranspR 2007, 352; *Franz O. Fischer*, TranspR 2007, 145; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 4081 f.

¹³⁶ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2571.

Vertrag nicht und steht hinter jener anderen Hauptleistung zurück.¹³⁷ Genuin hybride Verträge, die ein Handling der Güter an einem Ort umfassen, sind keine Transportverträge.¹³⁸

2. Verträge mit Kern Güterbeförderung

a) Grundsätzliches und die Interfrigo-Entscheidung des EuGH

- 36** Weiterhin ist funktionale Qualifikation gefragt, und weiterhin muss man den Schwerpunkt des Vertrages suchen.¹³⁹ Es gibt schlicht keine überzeugendere Alternative. Eine begriffsscharfe Abgrenzung ist jedenfalls nicht möglich.¹⁴⁰ Gegen eine Zuweisung nach dem Schwerpunkt kann man in der Sache kaum etwas einwenden. „Güterbeförderung“ ist auch plastisch und im Ansatz greifbar genug. Erwägungsgrund (22) S. 2 Rom I-VO zieht wie zuvor Art. 4 Abs. 4 S. 2 EVÜ über Charterverträge für eine Reise hinaus weitere Verträge, die in der Hauptsache der Güterbeförderung dienen, zur Spezialkollisionsnorm. Dies zeigt, dass er nicht zu eng ausgelegt werden darf, da er sonst jeglichen Aussagegehalt verlöre.¹⁴¹ Eine Beschränkung der Güterbeförderungsverträge jenseits der klassischen Stückgutfrachtverträge auf Charterverträge über eine Reise wäre genau deshalb unzulässig. Der EuGH erkennt dies in seiner Interfrigo-Entscheidung an.¹⁴² Die bloße Benennung als Charter-party nach nationalem Recht entzieht einen Vertrag jedenfalls noch nicht der Regel für Güterbeförderungsverträge.¹⁴³ Vielmehr ist für die Qualifikationsfrage, ob ein Vertrag ein Güterbeförderungsvertrag

¹³⁷ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2571.

¹³⁸ *Cachard*, Clunet 136 (2009), 190 f.

¹³⁹ *Mankowski*, TransPR 2009, 497, 498; *ders.*, IHR 2010, 89, 90; *Rudolph*, ZfRV 2010, 18, 20; *Boonk*, TVR 2010, 37, 41.

¹⁴⁰ *Boonk*, TVR 2010, 37, 39.

¹⁴¹ *Rammeloo*, IPRax 2010, 215, 217 f. sowie *Lagarde*, Rev. crit. dr. int. pr. 99 (2010), 210, 211.

¹⁴² EuGH 6.10.2009 – Rs. C-133/08, Slg. 2009, I-9687, I-9724 Rn. 34 – Intercontainer Interfrigo SC (ICF)/Balkenende Oosthuizen BV u. MIC Operations BV; zu dieser Entscheidung *Mankowski*, TransPR 2009, 497; *ders.*, IHR 2010, 89; *Grard*, Rev. dr. transp., November 2009, S. 15; *d'Avout/Perraut-Saussine*, JCP E 2009 n° 550; *Tilché*, BTL 2009, 645; *Zarth*, GWR 2009, 452; *Polak*, Ars aequi 2009, 830; *Rudolph*, ZfRV 2010, 18; *Boonk*, TVR 2010, 37; *Jault-Seseke*, D. 2010, 236; *Lagarde*, Rev. crit. dr. int. pr. 99 (2010), 210; *Legros*, Clunet 137 (2010), 185; *Rammeloo*, NIPR 2010, 20; *ders.*, IPRax 2010, 215; *Re*, Riv. dir. int. priv. proc. 2010, 407; *Orejudo Prieto de los Mozos*, REDI 2009, 519; *Martiny*, GPR 2011, 48.

¹⁴³ EuGH 6.10.2009 – Rs. C-133/08, Slg. 2009, I-9687, I-9724 Rn. 34 – Intercontainer Interfrigo SC (ICF)/Balkenende Oosthuizen BV u. MIC Operations BV.

ist, weil er in der Hauptsache der Güterbeförderung dient, funktionell anzusetzen; zur Ermittlung des Vertragsgegenstands sind der Vertragszweck und die Gesamtheit der Verpflichtungen derjenigen Partei, welche die vertragscharakteristische Leistung erbringt, zu berücksichtigen.¹⁴⁴ Zwar ist Interfrigo zu einem Eisenbahnsachverhalt ergangen, und zwar mag es jeweils spezifische Eigenheiten im See- und im Eisenbahnfrachtgeschäft geben.¹⁴⁵ Jedoch hindert dies keineswegs, Interfrigo auch im Seerecht heranzuziehen und zugrunde zu legen.¹⁴⁶ Denn der EuGH hebt eben nicht auf irgendwelche Besonderheiten des Eisenbahngeschäfts ab. Vielmehr legt er eine Norm aus, die für alle Güterbeförderungsverträge gleichermaßen gilt, ohne jede Differenzierung nach der Transportart.¹⁴⁷ Im Gegenteil liegen dieser Norm in ihrer Genese nahezu ausschließlich dem Seeverkehr gewidmete Überlegungen zugrunde,¹⁴⁸ während der Schienenverkehr darin gar nicht erwähnt wird. Was zu dieser Norm gesagt wird, wird also sogar in erster Linie zum Seeverkehr gesagt.

Damit bleibt festzuhalten:¹⁴⁹

37

- Nicht alles, was Charter-party heißt, ist damit automatisch *kein* Güterbeförderungsvertrag.¹⁵⁰ „Charter-party“ hat keinen festgelegten Begriffsinhalt.¹⁵¹
- Auch eine sogenannte Charter-party *kann* ein Güterbeförderungsvertrag sein.¹⁵²
- Nicht die Bezeichnung zählt, sondern die Substanz des Vertrages.¹⁵³

¹⁴⁴ EuGH 6.10.2009 – Rs. C-133/08, Slg. 2009, I-9687, I-9724 Rn. 34 – Intercontainer Interfrigo SC (ICF)/Balkenende Oosthuizen BV u. MIC Operations BV.

¹⁴⁵ *Boonk*, TVR 2010, 37, 39 sowie *Claringbould*, NIPR 2009, 426, 429 f.

¹⁴⁶ Gegen *Stahl*, TranspR 2010, 258, 260.

¹⁴⁷ Siehe nur *Rammeloo*, NIPR 2008, 242, 247; *ders.*, EuLF 2008, I-241, I-246; *Biagioni*, NLCC 2009, 717, 721 f.

¹⁴⁸ Siehe die Darstellung der Entstehungsgeschichte bei *Mankowski* (Fn. 7), S. 10-12.

¹⁴⁹ *Mankowski*, TranspR 2009, 497.

¹⁵⁰ EuGH 6.10.2009 – Rs. C-133/08, Slg. 2009, I-9687, I-9724 Rn. 34 – Intercontainer Interfrigo SC (ICF)/Balkenende Oosthuizen BV u. MIC Operations BV; *Mankowski* (Fn. 7), S. 20 et passim.

¹⁵¹ *Boonk*, TVR 2010, 37, 39.

¹⁵² EuGH 6.10.2009 – Rs. C-133/08, Slg. 2009, I-9687, I-9724 Rn. 34 f. – Intercontainer Interfrigo SC (ICF)/Balkenende Oosthuizen BV u. MIC Operations BV.

¹⁵³ *Mankowski*, VuR 2001, 259, 261; *ders.*, VuR 2004, 217, 218; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 4333.

- Man muss in den Vertrag hineinschauen, um festzustellen, welche Verpflichtungen die Parteien übernommen haben.
- 38** Nicht ausdrücklich in der Entscheidung stehen drei weitere Festlegungen, die jedoch untrennbar in dieses Umfeld gehören:¹⁵⁴
- Die zentrale Abgrenzung erfolgt zwischen Güterbeförderung und Transportraumüberlassung.¹⁵⁵
 - Die Einordnung nach nationalem Recht (z.B. nach französischem Verständnis als *contrat d'affrètement*) ist unerheblich;¹⁵⁶ die Qualifikation vollzieht sich europäisch-autonom.
 - Eine wichtige Frage ist, ob der Befrachter das kommerzielle Risiko übernimmt und das Transportmittel zum Gegenstand eines eigenen unternehmerischen Einsatzes seinerseits macht.¹⁵⁷
- 39** Es kommt also auf die Vertragsausgestaltung an für die Antwort, ob es dem konkreten Vertrag um Güterbeförderung oder um Transportraumüberlassung geht.

b) Voyage charter

- 40** Die *single voyage charter* stellt Erwägungsgrund (22) S. 2 Var. 1 Rom I-VO ausdrücklich den Güterbeförderungsverträgen gleich. Eine *single voyage charter* kann man auch annehmen, wenn eine Rückreise in Ballast erfolgt.¹⁵⁸ Bei einer *round voyage charter* oder *combined voyage charter* können sich auf Hin- und Rückreise zwei verschiedene Beförderungen ergeben. Auch hier steht der Güterbeförderungszweck im Vordergrund. Will man keine einheitliche Reise annehmen, so muss man zumindest unter Erwägungsgrund (22) S. 2 Var. 2 Rom I-VO subsumieren; dasselbe gilt bei einer sogenannten *voyage à rotation* mit einer Rundreise A-B-C-A.¹⁵⁹ Für Reisevollcharter und Reiseteilcharter über einzelne Reisen gleichermaßen ist über Art. 3, subsidiär über Art. 5 Rom I-VO anzuknüpfen.¹⁶⁰
- 41** Bei *consecutive voyage charters* oder *multi voyage charters* scheint sich dagegen ein Umkehrschluss aus Erwägungsgrund (22) S. 2 Var. 1 Rom I-

¹⁵⁴ Mankowski, *TranspR* 2009, 497 f.

¹⁵⁵ Mankowski (Fn. 7), S. 18 f.; Legros, *Clunet* 137 (2010), 185, 189 f. sowie Martiny, *GPR* 2011, 48, 49.

¹⁵⁶ Grard, *Rev. dr. transp.*, November 2009, S. 15, 16; Boonk, *TVR* 2010, 37, 40.

¹⁵⁷ Mankowski (Fn. 7), S. 20.

¹⁵⁸ Mankowski (Fn. 7), S. 107.

¹⁵⁹ Mankowski (Fn. 7), S. 106 f.

¹⁶⁰ Ebenso Rammig, *HmbZSchR* 2009, 21, 27.

VO anzubieten, weil sie eben keine Chartern über eine einzige Reise sind.¹⁶¹ Damit würde man indes nicht hinreichend beachten, dass Erwägungsgrund (22) S. 2 Var. 2 Rom I-VO nur ein offener Obertatbestand ist. Der Gegen-schluss ist methodisch nicht tragfähig, weil er aus einem Beispiel heraus den Obertatbestand begrenzen will.¹⁶² Letztlich sollte den Ausschlag geben, dass die Gemeinsamkeiten von single und consecutive voyage charters überwiegen. Dies wird besonders deutlich, wenn eine Menge allein wegen der Schiffsgröße auf mehrere Reisen aufgeteilt wird. Dann könnte die Beförderung theoretisch auch auf einer Reise erfolgen, wenn das Schiff größer wäre. Ein ähnliches Vergleichsargument lässt sich gewinnen, wenn die Verteilung auf mehrere Reisen durch Produktionskapazitäten auf der Exporteur/Befrachterseite oder Abnahmetermine auf der Empfänger/Abnehmerseite bedingt ist. Funktionell kann man die überwiegende Mehrzahl aller consecutive voyage charters durch eine Reihe von single voyage charters ersetzen. Indiziell tritt hinzu, dass es keine Formulare speziell für consecutive voyage charters gibt, sondern die voyage charter-Formulare single, consecutive und multi voyage charters gleichermaßen erfassen.¹⁶³ Auch die Sachrechte der wichtigsten Staaten machen keine Unterscheidung und sehen damit die funktionelle Gleichwertigkeit.¹⁶⁴ Die Möglichkeiten, unterzuerchartern und dadurch ein eigenes kommerzielles Unternehmen ohne Frach-terrisiko zu betreiben, fällt weniger ins Gewicht. Sie wäre im Übrigen auch schon bei einer single voyage charter gegeben. Im Ergebnis fallen consecutive und multi voyage charters daher sachlich unter Erwägungsgrund (22) S. 2 Var. 2 Rom I-VO.¹⁶⁵

¹⁶¹ So *Schultsz*, in: *North* (ed.), *Contract Conflicts*, Amsterdam/New York/Oxford 1982, S. 185, 192; *Berlingieri*, *Dir. mar.* 84 (1982), 3, 4; *ders.*, *Riv. dir. int. priv. proc.* 1982, 60, 61; *Carbone*, *La disciplina giuridica del traffico marittimo internazionale*, Bologna 1982, S. 229; *Herber*, *Das neue Haftungsrecht der Schifffahrt*, 1989, S. 221; *Tetley*, *International Conflict of Laws*, Montreal 1994, S. 257; *Reithmann/Martiny/van Dieken*, *Internationales Vertragsrecht*, 5. Auflage 1996, Rn. 1217 sowie A-G *Strikwerda*, *Ned. Jur.* 2008 Nr. 191 = *NIPR* 2008 Nr. 93 S. 155, 156 Nr. 30.

¹⁶² *Mankowski* (Fn. 7), S. 108; vgl. auch *Carbone*, *Dir. mar.* 94 (1992), 310, 320; *Cooke/T. Young/A. Taylor/Kimball/Martowski/Lambert*, *Voyage Charters*, London, New York, Hamburg, Hongkong 1993, Rn. 1.44.

¹⁶³ *Mankowski* (Fn. 7), S. 109 (zugleich mit möglichen abschwächenden Erklärungen für dieses Phänomen).

¹⁶⁴ *Berlingieri*, *Dir. mar.* 94 (1992), 1104, 1129-1133.

¹⁶⁵ *Carbone/Maresca*, in: *Enciclopedia del diritto*, Bd. XLIV, Milano 1992, S. 1222, 1245; *Kaye*, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot etc. 1993, S. 200; *Mankowski* (Fn. 7), S. 110; *Dicey/Morris/Morse*, *Conflict of Laws*, 14. Aufl. London 2006, Rn. 33-258; *Cooke/T. Young/A. Taylor/Kimball/Mar-*

c) *Slot charter*

- 42 Bei einer slot charter oder space charter stellen Verfrachter bei einem Liniendienst mit Containerschiffen sich gegenseitig Stellplätze auf jedem Containerschiff zur Verfügung. Ein Schiff dient dadurch mehreren Verfrachtern als Beförderungsmittel.¹⁶⁶ Kollisionsrechtlich ist die slot charter wie eine voyage charter zu behandeln.¹⁶⁷

d) *Cross charter (X C/P)*

- 43 Bei einer gegenseitigen Verpflichtung unter Mitgliedern in einem Container-Konsortium¹⁶⁸ zum anteilmäßigen Austausch von Containerstellplätzen spricht man von einer sogenannten cross charter (X C/P).¹⁶⁹ Sie ist weder Reise- noch Zeitcharter, vielmehr ein Vertrag sui generis.¹⁷⁰ Die X-C/P ist gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren¹⁷¹ und unterfällt daher nicht den Art. 3; 4 Rom I-VO, sondern dem Internationalen Gesellschaftsrecht, dessen Anknüpfung zum Satzungssitz bzw. bei drittstaatsansässigen Gebilden zum effektiven Verwaltungssitz des Konsortialführers führt, wenn keine eigenständige Organisation besteht.¹⁷² Die Rechtswahlklauseln¹⁷³ in Operating Agreements und den darunter ausgestellten X C/Ps sind daher aus Sicht des deutschen IPR prinzipiell unbeachtlich.

towski/Lambert (Fn. 162), Rn. 1.44; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 400; *Martiny*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 10, 5. Aufl. 2010, Art. 5 Rom I-VO Rn. 116; sowie *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 27, 33.

¹⁶⁶ *Trappe*, Entwicklungen im Charterrecht, 1985, S. 25-27; *Mankowski* (Fn. 7), S. 106; *Dieter Rabe*, Seehandelsrecht, 4. Aufl. 2000, § 556 HGB Rn. 2.

¹⁶⁷ *Mankowski* (Fn. 7), S. 106; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 400; *MünchKomm/Martiny* (Fn. 165), Art. 5 Rom I-VO Rn. 116.

¹⁶⁸ Näher zu Konsortien z.B. *Herman*, Shipping Conferences, London 1983, S. 140; *Hootz*, Seeschifffahrt im deutschen und im EWG-Kartellrecht, 1988, S. 36; *Dolfen*, Der Verkehr im europäischen Wettbewerbsrecht, 1991, S. 203; *Kreis*, ETR 1992, 155, 164; *Power*, EC Shipping Law, London etc. 1993, S. 391.

¹⁶⁹ *Röhreke*, Die X C/P - Hintergrund und Funktion, 1985, S. 2-4; *A. Jacobs*, Zur Vereinbarkeit von Kartellabsprachen der internationalen Linienschifffahrt mit Art. 85 EWG-Vertrag, 1991, S. 32; *Th. Brinkmann*, Der UNCTAD-Verhaltenskodex für Linienkonferenzen, 1993, S. 10; *Mankowski* (Fn. 7), S. 114 f.; *J. Richardson*, Combined Transport Documents, London/Hong Kong 2000, S. 121.

¹⁷⁰ *Röhreke* (Fn. 169), S. 1, 2.

¹⁷¹ So auch *Devescovi*, Les conferences marittimo come strumento di collaborazione tra imprese, Milano 1986, S. 142, 166 f.; *A. Jacobs* (Fn. 169), S. 31; *MünchKomm/Martiny* (Fn. 165), Art. 5 Rom I-VO Rn. 122.

¹⁷² *Mankowski* (Fn. 7), S. 116; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 401.

¹⁷³ Zu ihnen *J. Richardson* (Fn. 169), S. 119, 142 f.

e) *Time charter*

Anders als bei der Reisecharter steht bei der normalen Zeitcharter nicht die einzelne Reise im Vordergrund, sondern ein bestimmter Zeitraum, während dessen das Schiff zur Beförderung von Gütern zur Verfügung gestellt wird. Zusätzlich enthält die Zeitcharter Dienstverschaffungselemente.¹⁷⁴ Lang- und mittelfristige Zeitcharter fallen daher nicht unter Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO, sondern unter Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO.¹⁷⁵ Auch wenn in Vertragsformularen die Güterbeförderung erwähnt wird, stehen bei der längerfristigen Zeitcharter die Schiffsüberlassung und das kommerzielle Unternehmen im Vordergrund.¹⁷⁶ Dies erhellt schon daraus, dass der Zeitchartervertrag dann unabhängig davon läuft, ob überhaupt Güter zur Beförderung vorhanden sind oder nicht. Dem Vercharterer ist es auch gleichgültig, wie viele Reisen der Charterer durchführen will und ob der Charterer überhaupt genügend Ladung für Reisen hat.¹⁷⁷ Sofern das bloße Zurverfügunghalten von Transportkapazität vergütet wird, ist dies ein wesentliches Moment einer Transportraumüberlassung. Vergütungspflicht ohne aktuelle Transportpflicht spricht immer für Transportraumüberlassung.¹⁷⁸ Die Zuweisung des unternehmerischen und finanziellen Risikos ist ein besonders wichtiger Gestaltungspunkt, welcher das Gefüge des Vertrags zu prägen geeignet ist.¹⁷⁹ Wenn derjenige, der sich die Dienste eines Transportmittels erkontrahiert, vergüten muss, unabhängig davon, wie, ja sogar ob er wirklich nutzt, handelt es sich im Zweifel um Transportraumüberlassung. Dies betrifft gerade die typische Zeitcharter.¹⁸⁰

¹⁷⁴ Mankowski (Fn. 7), S. 90 f.

¹⁷⁵ Mankowski (Fn. 7), S. 95; Tetley (Fn. 161), S. 257, 259; Soergel/v. Hoffmann, BGB, Bd. 10, 12. Aufl. 1996, Art. 28 EGBGB Rn. 438; Czernich, in: Czernich/Heiss, EVÜ, Wien 1999, Art. 4 EVÜ Rn. 199; Herber, Seehandelsrecht, 1998, S. 405; Dieter Rabe (Fn. 166), Vor § 556 HGB Rn. 110; Staudinger/Magnus (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 397; Rammig, HmbZSchR 2009, 21, 27; siehe auch Rb. Rotterdam, NIPR 2000 Nr. 310 S. 467 Nr. 4.8; MünchKommM/Martiny (Fn. 165), Art. 5 Rom I-VO Rn. 118. Übersehen von Rb. Rotterdam, NIPR 1997 Nr. 227 S. 281 Nr. 7.5 („Norlandia“); Rb. Rotterdam, NIPR 2004 Nr. 56 S. 114 Nr. 3.7.

¹⁷⁶ Mankowski (Fn. 7), S. 95. Entgegen Dicey/Morris/Morse (Fn. 165), Rn. 33-258 und wohl auch Espinosa Calabuig, Dir. mar. 102 (2000), 64, 72 f.

¹⁷⁷ Dieter Rabe (Fn. 166), Vor § 556 HGB Rn. 110.

¹⁷⁸ Mankowski, TranspR 2009, 497, 498.

¹⁷⁹ Mankowski, TranspR 2009, 497, 498.

¹⁸⁰ Mankowski (Fn. 7), S. 95; ders., TranspR 2009, 497, 498; Reithmann/Martiny/Mankowski (Fn. 134), Rn. 2957.

- 45 Die allgemeine Vermutung des Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO und die Anwendung des Rechts am Ort der vertragsbetreuenden Niederlassung des Vercharterers sind den tatsächlichen Verhältnissen durchaus angemessen, auch dann, wenn das Schiff aus Kostengründen unter einer Billigflagge, einer flag of convenience, fährt.¹⁸¹ Bei einer Ausflagung ist nämlich nur selten der Schiffseigentümer operativer Vercharterer. Vielmehr wird das Schiff zunächst gruppen- oder konzernintern an die eigentlich operative Gesellschaft verchartert. Sale and lease back-Verfahren sind an der Tagesordnung. Die eingetragenen Eigentümer sind zumeist bloße property holding companies, insbesondere wenn es sich um one ship companies handelt. Operativ sind vor allem im Zeitcharterbereich nur die gruppenexternen Vercharterungen. Bei diesen sitzt der Vercharterer aber regelmäßig nicht im Billigflaggenstaat und hat dort erst recht keine Niederlassung für den unternehmensexternen Rechtsverkehr.
- 46 Unter Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO fällt primär die kurzfristige Zeitcharter, die funktionell einer single voyage charter entspricht, insbesondere die trip chartered time charter.¹⁸² Mit deren Einbeziehung trägt man zugleich sachgerechterweise ihrer wirtschaftlichen Austauschbarkeit mit einer single voyage charter Rechnung.¹⁸³ Dass die ausdrückliche Erwähnung der Charter für eine Reise in Erwägungsgrund (22) S. 2 Var. 1 Rom I-VO jegliche Zeitcharter schlechterdings ausgrenzen sollte,¹⁸⁴ ist mit der bloßen Existenz von Erwägungsgrund (22) S. 2 Var. 2 Rom I-VO nicht in Einklang zu bringen. Es soll eben noch über die als solche bezeichnete single voyage charter hinausgehen, wenn funktionell Güterbeförderung den Vertragskern bildet. Auch eine time charter kann geprägt sein von Schiffsraumüberlassung und Güterbeförderung mit letzterer im Vordergrund.¹⁸⁵ Es mag etwa der Charterer von vornherein einen bestimmten Trade zwischen bestimmten Staaten benannt haben und die Verfügbarkeit von Ladung zur Voraussetzung ge-

¹⁸¹ Gegen *Flessner*, Reform des internationalen Privatrechts: Was bringt sie dem Seehandelsrecht?, 1987, S. 27, 28; Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 10/504, 79.

¹⁸² *Mankowski* (Fn. 7), S. 96; *Herber*, SHR (Fn. 175), S. 405; *Espinosa Calabuig*, Dir. mar. 102 (2000), 64, 73; *Dieter Rabe* (Fn. 166), Vor § 556 HGB Rn. 109; *Rammeloo*, NIPR 2008, 242, 247 Fn. 54.

¹⁸³ Ähnlich *Legros*, Clunet 137 (2010), 185, 193. Vgl. insoweit *Dacey/Morris/Morse* (Fn. 165), Rn. 33-258.

¹⁸⁴ So *Boonk*, TVR 2009, 95, 99 f.; *Claringbould*, NIPR 2009, 426, 431. Nahezu gegenteilig *Zarth*, GWR 2009, 452.

¹⁸⁵ *Zarth*, GWR 2009, 452; *Legros*, Clunet 137 (2010), 185, 193.

macht haben.¹⁸⁶ Auch die time charter, die von vornherein im Kern für bestimmte Linienfahrt erfolgt, ist erfasst.¹⁸⁷ Für Verlade- und Endhafen gelten im Übrigen die Konkretisierungen durch zulässige Weisungen des Zeitcharterers. Sie lassen sich insbesondere bei der trip charter lokalisieren und werfen damit keine Handhabungsprobleme auf, welche gegen eine Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO sprechen würden.¹⁸⁸

Die Abgrenzung zwischen kurz- und mittel- oder langfristiger Zeitcharter führt auch nicht in die Beliebigkeit.¹⁸⁹ Maßgeblich ist die ins Auge gefasste Dauer der Erfüllungsphase, nicht der Vorlauf beim Vertragsabschluss.¹⁹⁰ Mit Konjunktur, Marktlage, Futures, Short- oder Long-Positionen hat dies also nichts zu tun.¹⁹¹ Es kommt indes nicht strikt auf die Zeitdauer der Erfüllung als solche an, sondern auf die funktionelle Entsprechung zu einem Stückgutfrachtvertrag oder zu einer single voyage charter, auf den Schwerpunkt Güterbeförderung. Dieser Schwerpunkt verschiebt sich je nach individueller Ausfüllung des von Standardformularen gesetzten Rahmens. Die projektierte Zeitdauer ist nur Indiz, wenn auch gewichtiges Indiz. Deshalb ist auch ohne Bedeutung, dass dieselben Formulare sowohl bei der kurz- als auch bei der langfristigen Zeitcharter, sowohl bei der trip chartered time charter als auch bei der „echten“ time charter verwendet werden.¹⁹²

f) *Volume Contracts*

Volume contracts (oder in US-Terminologie: Service Liner Agreements), wie Art. 80 Rotterdam Rules sie jetzt auf der Ebene des Einheitsrechts prominent macht, betreffen Güterbeförderung, wenn sie den Transport bekannter Mengen umfassen oder Aktualisierungsoptionen auf Abruf im Bedarfsfall enthalten.¹⁹³ Sollen Massengüter über einen längeren Zeitraum in größeren Mengen befördert werden, so kommt es häufig zum Abschluss eines solchen Mengenvertrages (Volume Contract, Quantity Contract, Contract of Affreightment) als Sonderform des Raumfrachtvertrages. Die Abgrenzung zum Stückgutvertrag ist strittig. Soll eine genau be-

¹⁸⁶ Legros, Clunet 137 (2010), 185, 193.

¹⁸⁷ Legros, Clunet 137 (2010), 185, 193.

¹⁸⁸ Vgl. Rammeloo, NIPR 2008, 242, 247 Fn. 54; Boonk, TVR 2009, 95, 99 f.

¹⁸⁹ Gegen Stahl, TranspR 2010, 258, 260.

¹⁹⁰ Einem solchen Missverständnis sitzt Stahl, TranspR 2010, 258, 260 auf.

¹⁹¹ Konsequent verkannt von Stahl, TranspR 2010, 258, 260.

¹⁹² Gegen Stahl, TranspR 2010, 258, 260.

¹⁹³ Mankowski (Fn. 7), S. 114; Reithmann/Martiny/Mankowski (Fn. 134), Rn. 2963.

zeichnete Menge einer bestimmten Art von Gütern befördert werden, so könnten diese Güter auch Gegenstand von einzelnen Stückgutverträgen sein.¹⁹⁴ Der Mengenvertrag bezieht sich auf Güterbeförderung. In ihm steht die Transportverpflichtung ganz im Vordergrund, auch wenn sie jeweils erst noch aktualisiert werden muss. Er ersetzt gleichsam eine Serie von einzelnen Stückguttransportverträgen. Funktionell ähnelt er einem Rahmenvertrag, geht aber über diesen hinaus, weil die Pflichten schon bestehen und einseitig aktualisiert werden können. Es handelt sich jedenfalls nicht um eine mietähnliche Bereitstellung von Schiffsraum oder die Überlassung des Schiffes zu kommerziellen Zwecken. Daher sollte über Erwägungsgrund (22) S. 2 Var. 2 Rom I-VO Art. 5 Rom I-VO sachlich anwendbar sein.¹⁹⁵ Freilich können sich massive Probleme ergeben, wenn die ausfüllenden Transporte nicht nur auf einer einzigen Route erfolgen, so dass die Ausgangs- oder Bestimmungsorte für die einzelnen ausfüllenden Transporte divergieren.¹⁹⁶

3. Beförderung des Gepäcks von Reisenden

- 49 Die Beförderung des Gepäcks von Reisenden zusammen mit den Reisenden ist keine Güterbeförderung, sondern Nebenleistung zur Personenbeförderung; daher ist sie nicht etwa gesondert über Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO

¹⁹⁴ BGH, TranspR 1992, 103 = VersR 1992, 595; OLG Hamburg, TranspR 1994, 398; Dieter Rabe (Fn. 166), § 556 HGB Rn. 14. Der Formulierungsvorschlag des Arbeitskreises III des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, in: Reform des Seehandelsrechts (1985) S. 22 für den Mengenvertrag lautet: „Durch den Mengenvertrag verpflichtet sich der Verfrachter, für den Befrachter gegen Zahlung einer nach Ladungsmenge oder pauschal bestimmten Fracht eine bestimmte Menge bestimmter Güter mit einem oder mit mehreren Schiffen innerhalb eines bestimmten Zeitraums oder mit bestimmten Abfahrten zu befördern.“

¹⁹⁵ Achard, J.-Cl. Comm. fasc. 1215 S. 7 (Juni 1991); Carbone, Dir. mar. 94 (1992), 310, 320; Carbone/Maresca (Fn. 165), S. 1222, 1245; Kaye (Fn. 165), S. 200; Mankowski (Fn. 7), S. 114 mwN; ders., TranspR 2009, 497, 498; Espinosa Calabuig, Dir. mar. 102 (2000), 64, 72; Staudinger/Magnus (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 399; Ramming, HmbZSchR 2009, 21, 27, 34; Reithmann/Martiny/Mankowski (Fn. 134), Rn. 2963; MünchKomm/Martiny (Fn. 165), Art. 5 Rom I-VO Rn. 118.

Anderer Ansicht Berlingieri, Dir. mar. 84 (1982), 3, 6; ders., Riv. dir. int. priv. proc. 1982, 60, 63; Reithmann/Martiny/van Dieken, 5. Aufl. (Fn. 161), Rn. 1217; Soergel/v. Hoffmann (Fn. 175), Art. 28 EGBGB Rn. 438.

¹⁹⁶ Reithmann/Martiny/Mankowski (Fn. 134), Rn. 2963.

anzuknüpfen, sondern als integrierter Teil der Personenbeförderung.¹⁹⁷ Dies sollte auch bei getrennter Beförderung des Gepäcks (namentlich als vorab aufgegebenes Gepäck) gelten,¹⁹⁸ sofern es sich um einen einheitlichen Vertrag handelt. Wird Gepäck unter einem gesonderten Vertrag verschickt (z.B. als nachgeschicktes Gepäck), so handelt es sich bei diesem gesonderten Vertrag um einen Güterbeförderungsvertrag. Ein als solcher bezeichneter Nebenvertrag zur Personenbeförderung ist kein in diesem Sinne gesonderter Vertrag und unterwirft die Gepäckbeförderung der Personenbeförderung.

II. Rechtswahl bei Güterbeförderungsverträgen

Für Güterbeförderungsverträge besteht Rechtswahlfreiheit nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom-I-VO.¹⁹⁹ Insoweit ändert sich die Rechtslage gegenüber Art. 27 Abs. 1 S. 1 EGBGB; 3 Abs. 1 S. 1 EVÜ²⁰⁰ nicht. Die Rechtswahl hat auch Bedeutung für die Restfragen, die von Einheitsrecht nicht geregelt, sondern dem nationalen Recht überlassen werden.²⁰¹ Der erste Blick im praktischen Fall muss einer Rechtswahlklausel im Vertrag gelten. Diese kann sich auch in AGB befinden.

Das deutsche Recht kommt qua Rechtswahl zur Anwendung, wenn die Parteien ausdrücklich in der mündlichen Verhandlung eine dahin gehende

¹⁹⁷ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2571; *Morse*, Liber amicorum Kurt Siehr, 2010, S. 463, 467 Fn. 29; *MünchKomm/Martiny* (Fn. 165), Art. 5 Rom I-VO Rn. 7 sowie *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 115.

¹⁹⁸ Vgl. *Basedow*, in: *Münchener Kommentar zum HGB*, Bd. 7, 1. Aufl. 1997, Art. 1 CMR Rn. 12.

Anderer Ansicht *Thume/de la Motte/Temme*, CMR, 2. Aufl. 2007, Art. 1 CMR Rn. 3.

¹⁹⁹ Siehe nur *Rolf Wagner*, *TranspR* 2008, 221, 223; *Mankowski*, *TranspR* 2008, 339, 341; *Lagarde/Tenenbaum*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 97 (2008), 727, 760 f.; *Legros*, *Rev. dr. transp.* Février 2009, S. 12, 15; *Tonolo*, *Riv. dir. int. priv. proc.* 2009, 309, 317; *Marquette*, *TBH* 2009, 515, 533; *Biagioni*, *NLCC* 2009, 717, 723; *Peter Arnt Nielsen*, in: *Ferrari/Leible* (eds.), *Rome I Regulation*, 2009, S. 99, 105; *van der Velde*, in: *Smeele* (red.), *Conflictenrecht in ontwikkeling*, 2009, S. 9, 17, 18 f.; *Smeele*, *WPNR* 6824 (2009), 1015, 1016; *Claringbould*, *NIPR* 2009, 426, 427; *Volders*, *R.W.* 2009-10, 642, 655; *Nikaki*, (2010) 16 *JIML* 85; *Delebecque*, *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010, S. 431, 433; *Häußer*, *TranspR* 2010, 246, 249; *Stahl*, *TranspR* 2010, 258; *Ränge*, in: *jurisPK BGB*, Bd. 6, 5. Aufl. 2010, Art. 5 Rom I-VO Rn. 15; *Morse*, Liber amicorum Kurt Siehr, 2010, S. 463, 470; *Häußer*, *TranspR* 2010, 246, 249; *Martiny*, in: *Münch/Komm* (Fn. 165), Art. 5 Rom I-VO Rn. 12.

²⁰⁰ Siehe dort nur *BGH*, *TranspR* 2009, 130, 131; *Hof Amsterdam*, *NIPR* 2008 Nr. 36 S. 62 Nr. 4.6; *Thume*, *TranspR* 1995, 1; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 365.

²⁰¹ *BGH*, *TranspR* 2004, 369.

Erklärung abgegeben haben oder sich bewusst nur auf deutsche Rechtsnormen bezogen haben.²⁰² Eine Rechtswahl kann auch wirksam nachträglich getroffen werden (Art. 3 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO),²⁰³ z.B. durch Prozessverhalten.²⁰⁴ Eine stillschweigende Rechtswahl deutschen Rechts kann aus der Bezugnahme auf spezifische Regelungen des deutschen Rechts im Vertrag folgen.²⁰⁵

III. Objektive Anknüpfung von Güterbeförderungsverträgen bei Fehlen einer Rechtswahl

1. Anknüpfungssystem des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO

52 Für Güterbeförderungsverträge gilt Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO:

„Soweit die Parteien in Bezug auf einen Vertrag über die Beförderung von Gütern keine Rechtswahl nach Artikel 3 getroffen haben, ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Beförderer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern sich in diesem Staat auch der Übernahmeort oder der Ablieferungsort oder der gewöhnliche Aufenthalt des Absenders befindet.“

53 Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO führt also zum Recht des Staates, in welchem der Beförderer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Staat des anzuwendenden Rechts seinen gewöhnlichen Aufenthalt (d.h. im Angesicht von Art. 19 Abs. 2 Rom I-VO: seine vertragsbetreuende Niederlassung) hat, wenn zusätzlich mindestens eines von drei disjunktiven Momenten auf diesen Staat weist: der Verladeort, der Entladeort oder der gewöhnliche Aufenthalt (also die vertragsbetreuende Niederlassung) des Absenders.²⁰⁶

²⁰² OLG Düsseldorf, TranspR 1992, 218; OLG Düsseldorf, TranspR 1996, 109; OLG Düsseldorf, TranspR 1996, 152.

²⁰³ BGH, RIW 1996, 602 = TranspR 1996, 118 = LM H. 5/1996 § 412 HGB Nr. 7 Anm. Koller; OLG Frankfurt, TranspR 1983, 155; OLG Saarbrücken, TranspR 1995, 291 = RIW 1996, 605; OLG Düsseldorf, TranspR 1996, 109; TranspR 1996, 152; *Staub/Helm*, § 425 HGB Rn. 58.

²⁰⁴ Siehe BGH, RIW 2008, 873 (Luftbeförderungsvertrag).

²⁰⁵ OLG Düsseldorf, TranspR 1994, 441; LG Bonn, TranspR 1991, 25.

²⁰⁶ Anwendungsbeispiele für die Vorgängerregelung Artt. 4 Abs. 4 EVÜ; 28 Abs. 4 EGBGB sind etwa: BGH, TranspR 2006, 466; BGH, TranspR 2007, 405, 406; BGH, IPRax 2008, 535, 536; BGH, 30.10.2008, TranspR 2009, 130; OLG Koblenz, RIW 1990, 931 = TranspR 1991, 93; OLG Düsseldorf, RIW 1994, 597 = TranspR 1994, 391 Anm. Thume = IPRspr. 1994 Nr. 59; OLG Braunschweig, TranspR 1996, 385; OLG Dresden, TranspR 1999, 62, 63 = IPRax 2000, 121, 122; OLG Düsseldorf, TranspR 2002, 33, 34; OLG Köln, TranspR 2003, 116, 117; OLG Hamburg, IPRax 2008, 537, 538; OLG Karlsruhe, TranspR 2008, 471; Hof 's-Hertogenbosch, S & S 1995 Nr. 100 S. 402 f.; Hof 's-Hertogenbosch, S & S 1998 Nr. 125 S. 496 Nr. 4.4; Hof Arnhem, NIPR 1998 Nr. 290

Gefordert ist für Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO eine Kumulation mehrerer Anknüpfungsmomente.²⁰⁷ Es handelt sich um eine widerlegliche Vermutung. Sie ist nach Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO widerlegt, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist.

2. Definition des Beförderers

Beförderer im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO ist der Verfrachter. Verfrachter ist derjenige, der sich verpflichtet, die Beförderung der Güter im eigenen Namen durchzuführen. Verfrachter und Eigentümer des Transportmittels, z.B. der Reeder als Eigentümer des Schiffes (§ 484 HGB), brauchen nicht identisch zu sein. Der Verfrachter kann ausweislich Erwägungsgrund (22) S. 3 Rom I-VO auch ein fremdes Transportmittel, also auch ein fremdes Schiff, für den Transport verwenden.²⁰⁸ Der Verfrachter kann sich, um seine eigene Transportverpflichtung zu erfüllen, ausführender Unterverfrachter bedienen. Im Verhältnis zum (Haupt-)Befrachter sind diese bloße Erfüllungsgehilfen, aber nicht Vertragspartei und daher keine für Art. 5 Rom I-VO relevanten Anknüpfungspersonen. Der Unterfrachtvertrag ist vielmehr eigenständiges Anknüpfungsobjekt.²⁰⁹ Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO folgt dem contractual carrier-Prinzip; maßgeblich ist also, wer

S. 346 Nr. 3. 1; Hof 's-Gravenhage, S & S 2002 Nr. 57 S. 236 Nr. 4; Hof 's-Gravenhage, NIPR 2005 Nr. 140 S. 185 Nr. 8.2; Hof Amsterdam, S&S 2008 Nr. 114 S. 548 = NIPR 2008 Nr. 36 S. 63 jeweils Nr. 4.9; CA Pau 17.3.2008 – n°. 06/00567; LG Bonn, TranspR 1991, 25; LG Freiburg i.Br., RIW 1999, 222; Rb. Rotterdam, NIPR 1999 Nr. 70 S. 86 Nr. 5.2; Rb. Rotterdam, NIPR 1999 Nr. 257 S. 334 f. Nr. 5.1; Rb. Rotterdam, NIPR 2000 Nr. 117 S. 191 Nr. 5.3; Rb. Rotterdam, NIPR 2000 Nr. 292 S. 448 Nr. 5.1; Rb. Dordrecht, S & S 2002 Nr. 90 S. 352 = NIPR 2002 Nr. 265 S. 426, jeweils Nr. 30.; Rb. Rotterdam, NIPR 2000 Nr. 45 S. 106 Nr. 4.5; Rb. Rotterdam, NIPR 2000 Nr. 119 S. 194 Nr. 5.8 („African Reefer“); Rb. Arnhem, NIPR 2004 Nr. 239 S. 337 Nr. 4.1; Rb. Rotterdam, NIPR 2004 Nr. 351 S. 466 Nr. 5.1; Rb. 's-Hertogenbosch, NIPR 2004 Nr. 138 S. 212 f. Nr. 4.2; Rb. Rotterdam, NIPR 2005 Nr. 40 S. 71 Nr. 3.3; Rb. Middelburg, NIPR 2004 Nr. 349 S. 464 Nr. 4.2.4; Rb. Alkmaar, NIPR 2007 Nr. 298 S. 402 Nr. 13.

²⁰⁷ Siehe nur OLG Frankfurt, TranspR 2007, 367, 371 m. Anm. Müller-Rostin; Mankowski, TranspR 1993, 213, 219 mwN; Legros, Rev. dr. transp. Février 2009, S. 12, 14; Häußler, TranspR 2010, 246, 251; Martiny, ZEuP 2010, 747, 760 f.

²⁰⁸ Siehe nur Mankowski (Fn. 7), S. 47 f.; jurisPK/Ringe (Fn. 199), Art. 5 Rom I-VO Rn. 12.

²⁰⁹ Biagioni, NLCC 2009, 717, 724.

nach dem Vertrag die Beförderungsleistung erbringen soll.²¹⁰ Wer actual carrier ist, ist dagegen unerheblich. Beförderer im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO ist bei Auseinanderfallen der Rechtspersonen im Seeverkehr also der vertragliche Verfrachter, nicht der Reeder als solcher.²¹¹

3. Gewöhnlicher Aufenthalt des Verfrachters (Beförderers)

- 55** Zentraler Anknüpfungspunkt des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO ist der gewöhnliche Aufenthalt des Beförderers. Nach Art. 19 Abs. 1 Rom I-VO ist gewöhnlicher Aufenthalt bei Gesellschaften deren Hauptverwaltungssitz, bei natürlichen Personen (Einzelunternehmern) deren Hauptniederlassung. Artt. 4 Abs. 4 S. 1 EVÜ; 28 Abs. 4 S. 1 EGBGB stellten noch durchgängig auf die Hauptniederlassung ab und damit auf Merkmale für den unternehmensexternen Rechtsverkehr, nicht auf interne Merkmale wie den Sitz als solchen.²¹² Dagegen zielt Art. 19 Abs. 1 UA 1 Rom I-VO für Gesellschaften mit der Hauptverwaltung auf ein internes Merkmal, nämlich auf den effektiven Verwaltungssitz. Indes schwenkt man mit Art. 19 Abs. 2 Rom I-VO wieder auf eine Niederlassungsanknüpfung um, indem als gewöhnlicher Aufenthalt eine Niederlassung fingiert wird, sobald diese Niederlassung den Vertrag abschließt oder für die Erfüllung des Vertrages verantwortlich ist. Im Ergebnis liegt die Abkehr vom Anknüpfungspunkt Hauptniederlassung also weniger in einem Übergang zum Hauptverwaltungssitz als vielmehr in der Öffnung zur vertragsbetreuenden Niederlassung als Anknüpfungspunkt. Denn soweit ein Unternehmen keine weiteren Niederlassungen hat, fallen Hauptverwaltung und Hauptniederlassung zusammen.²¹³ Verlangt sind hinreichende personelle Kapazität (handling-Kapazität) und sachliche Ausstattung.²¹⁴
- 56** Im Konzern kommt es auf die jeweils tätige Niederlassung der konkret als Verfrachter auftretenden Gesellschaft an; ein Durchgriff auf eine Niederlassung der Muttergesellschaft erscheint nicht angezeigt. Wenn dies

²¹⁰ Siehe nur *Mengozi*, in: Treves (ed.), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova 1983, S. 225, 226; *Mankowski*, *TranspR* 1993, 213, 221, 222; *ders.* (Fn. 7), S. 13, 47; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2577; *MünchKomm/Martiny* (Fn. 165), Art. 5 Rom I-VO Rn. 15.

²¹¹ Siehe nur *Häußer*, *TranspR* 2010, 246, 252.

²¹² Das übersehen *Plender/Wilderspin*, *The European Contracts Convention*, London 2001, Rn. 6-31, wenn sie unbesehen die Hauptniederlassung mit dem real seat gleichsetzen.

²¹³ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2578.

²¹⁴ *Mankowski*, *TranspR* 1993, 213, 223.

trotzdem für Einschiffgesellschaften befürwortet wird,²¹⁵ so wird dabei verkannt, dass Einschiffgesellschaften regelmäßig nur property holding companies sind und das eigentlich operative Geschäft als Verfrachter von Gesellschaften betrieben wird, an welche die Schiffe langfristig verchartert sind.

4. Definition des Absenders

a) Absender = Befrachter

Absender im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO ist ausweislich Erwägungsgrund (22) S. 3 Rom I-VO der Befrachter als die andere Partei des Frachtvertrages.²¹⁶ Dies gebietet schon die Parallele zum Beförderer-Verfrachter. Maßgeblich ist auch hier allein die vertragliche Position. Für wessen Rechnung gehandelt wird und wer wirtschaftlich der Hauptinteressierte ist, ist irrelevant.²¹⁷ Ebenso ist es ohne Bedeutung, ob der abgeschlossene Frachtvertrag in seiner Ausgestaltung vertraglichen Anforderungen und Vorgaben eines dahinter stehenden Warenveräußerungsgeschäfts (z.B. eines cif- oder fob-Kaufvertrages) entspricht.

Wer Befrachter ist, beurteilt sich nach dem Statut des Frachtvertrages.⁵⁸ Art. 10 Abs. 1 Rom enthält mit dem bootstrap principle einen allgemeinen Rechtsgedanken. Wer Partei ist, ist eine Kernfrage aus dem Bereich „Zustandekommen des Vertrages“, nämlich: Zwischen welchen Parteien kommt der Vertrag zustande?²¹⁸ In wessen Namen gehandelt wird, bestimmt sich nach dem Statut des Frachtvertrages. Ob im Namen einer bestimmten Partei gehandelt wird, bestimmt sich nach dem Frachtvertragsstatut, das insoweit so angeknüpft wird, als wäre die in Rede stehende Person Partei des Vertrages. Je nach Maßgabe des anzuwendenden Sachrechts kann es ein Indiz dafür, in wessen Namen gehandelt wird, sein, wie der wirtschaftlich ver-

²¹⁵ So namentlich *Schultsz* (Fn. 161), S. 185, 196; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 120.

²¹⁶ Siehe nur *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2580.

²¹⁷ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2580.

²¹⁸ Rb. Rotterdam, NIPR 2006 Nr. 60 S. 93 Nr. 3.4; *Mankowski*, *TranspR* 1991, 253, 256; *ders.*, *IPRax* 1991, 305, 308; *ders.*, *RIW* 1993, 453, 454; *ders.* (Fn. 7), S. 246; *ders.*, *IPRax* 1996, 427, 428; *ders.*, *CR* 1999, 512, 515; v. *Bar*, *IPR* II, 1991 Rn. 492; *Muir Watt*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 82 (1993), 637, 640; auch BGH, *RIW* 1994, 878, 879; OLG Saarbrücken, *NJW* 1992, 987 f.; Rb. Rotterdam, NIPR 1995 Nr. 387 S. 432 Nr. 5.8; Rb. Rotterdam, NIPR 2000 Nr. 30 S. 91 Nr. 4.3; *Eckhard Reh binder*, in: *Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung*, 1974, S. 122, 137; *Dion-Loye*, *Clunet* 118 (1991), 714, 715 f.

bundene Kaufvertrag ausgestaltet ist und wer unter diesem im Verhältnis der Kaufvertragsparteien zueinander für die Beförderung zu sorgen hat.²¹⁹

- 59** Kontrahiert der Verkäufer im Namen des Käufers (wie namentlich beim fob-Geschäft denkbar), also in fremdem Namen, so ist der Käufer Befrachter. Nur ob er wirksam gebunden ist, ist eine Frage nach der wirksamen Vertretung durch den Verkäufer. Kollisionsrechtlich stellt sich dann die Teilfrage nach dem Bestehen einer hinreichenden Vertretungsmacht des Verkäufers.

b) Abgrenzung zum Ablader

- 60** Neben dem Befrachter gibt es beim Seefrachtgeschäft noch den Ablader. Dieser muss nicht mit dem Befrachter identisch sein. Es kann sich auch um einen Drittablader handeln. Ablader ist derjenige, der die Güter aufgrund des Frachtvertrages dem Schiff oder dem Verfrachter oder dessen Beauftragten (Lagerhausgesellschaft) übergibt. Ablader ist häufig der Seehafenpediteur. Nur wenn er im eigenen Namen (sei es auch für Rechnung eines anderen) handelt und mit dem Verfrachter selbst kontrahiert, ist er Absender im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO.²²⁰ Maßgeblich ist aber immer die Stellung als Vertragspartei gegenüber dem Verfrachter, nicht die tatsächliche Übergabe der Güter.²²¹ Erwägungsgrund (22) S. 3 Rom I-VO besagt dies ausdrücklich: Ihm zufolge ist für die Parteibestimmung nur die vertragliche Position maßgeblich.
- 61** Dass der Drittablader im Auftrag und für Zwecke des Befrachters handeln kann, verschlägt nicht. Parallelen zu Art. 19 Abs. 2 Rom I-VO²²² bestehen nicht, weil es sich dort um eine eigene Niederlassung der Vertragspartei handeln muss und dort keine Drittzurechnung erfolgt. Ein zurechenbarer Anschein reicht nicht.²²³ Im Übrigen sind für die anderen Anknüpfungspunkte (Stellung als Verfrachter, Beladeort, Bestimmungsort) nur die vertraglich fixierten Momente maßgeblich. Es würde Widersprüchlichkeit

²¹⁹ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2581.

²²⁰ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2583.

²²¹ Siehe nur *Mankowski* (Fn. 7), S. 63-65; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 124; *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 24; *Claringbould*, NIPR 2009, 426, 435; *Häußer*, TranspR 2010, 246, 253; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2583. Anderer Ansicht *W. E. Haak*, WPNR 5544 (1980), 897, 900; *Soergel/v. Hoffmann* (Fn. 175), Art. 28 EGBGB Rn. 94.

Nicht hundertprozentig klar *MünchKomm/Martiny* (Fn. 165), Art. 5 Rom I-VO Rn. 21.

²²² Wie *Soergel/v. Hoffmann* (Fn. 175), Art. 28 EGBGB Rn. 94 sie reklamiert.

²²³ Anderer Ansicht *Soergel/v. Hoffmann* (Fn. 175), Art. 28 EGBGB Rn. 94.

und Inkonsistenz in Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO hineinbringen, wenn man für die Stellung als Absender anders entscheiden wollte. Bei Vertragsketten ist sorgfältig zwischen den einzelnen Gliedern der Kette zu trennen. Jeder Vertrag ist gesondert für sich anzuknüpfen.²²⁴ Hauptfrachtvertrag und Unterfrachtvertrag sind zwei selbständige Rechtsverhältnisse und auch kollisionsrechtlich so zu behandeln. Dass der Unterfrachtvertrag wirtschaftlich dazu dient, der Beförderungsverpflichtung des Hauptverfrachters aus dem Hauptfrachtvertrag nachzukommen, verschlägt nicht.²²⁵ Für den Unterfrachtvertrag interessiert nur die Rollenverteilung unter diesem Vertrag. Dass der Unterbefrachter unter einem anderen Vertrag Verfrachter ist, hat keine Bedeutung für die Rollenverteilung im Unterfrachtvertrag. Dies gilt in gleicher Weise für das Verhältnis zwischen allen Gliedern einer Vertragskette. Bei einem Zeitfrachtvertrag zwischen Zeitbefrachter (Charterer) und Zeitverfrachter (Reeder) und einem Unterfrachtvertrag zwischen Befrachter und Charterer aus dem Zeitfrachtvertrag als Verfrachter z.B. handelt es sich also um zwei selbständige Verträge. Der Charterer ist unter jenem zweiten Frachtvertrag Verfrachter auch für die Zwecke des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO.²²⁶

5. *Gewöhnlicher Aufenthalt des Befrachters*

Der gewöhnliche Aufenthalt des Befrachters ist der letzte der disjunktiven Anknüpfungspunkte, die unter Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO den gewöhnlichen Aufenthalt des Verfrachters verstärken müssen.²²⁷ Als Anknüpfungspunkt hat er ansonsten kein besonderes Gewicht, ist aber natürlich einer der unter Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO abzuwägenden Faktoren. Handelt der Befrachter als Privatperson und hat er daher keine gewerbliche Niederlassung, so ist unter Art. 19 Abs. 1 UA 1 Rom I-VO sein nach allgemeiner Maßstäben ermittelter gewöhnlicher Aufenthalt maßgeblich.²²⁸

6. *Übernahmeort und Ablieferungsort = vertraglicher Ausgangsort und vertraglicher Bestimmungsort*

„Übernahmeort“ und „Ablieferungsort“ im Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO sollte man richtigerweise als Ausgangs- und Bestimmungsort

²²⁴ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2585.

²²⁵ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2585.

²²⁶ Siehe nur *J. Cooke/T. Young/A. Taylor/Kimball/Martowski/Lambert* (Fn. 162), Rn. 1.45; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2585.

²²⁷ Anwendungsbeispiel: Rb. Rotterdam, S & S 1999 Nr. 61 S. 308 Nr. 5.4 („Rabat“).

²²⁸ Vgl. unter dem EVÜ bereits *Kaye* (Fn. 165), S. 201; *Mankowski* (Fn. 7), S. 65.

verstehen. Die Terminologie des Abs. 2 ist präziser und entspricht mehr der gewohnten Terminologie des deutschen Transportrechts. „Übernahmeort“ und „Ablieferungsort“ sind zu wörtliche Übersetzungen aus dem Englischen, wo in Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO von „place of receipt“ und „place of delivery“ die Rede ist. Diese beiden Begriffe führte man bewusst an Stelle der früheren „place of loading“ und „place of discharge“ ein, weil sie (angeblich) von einem rechtlichen Standpunkt aus angemessener und geeigneter erschienen.²²⁹ Das Gegenteil ist richtig.²³⁰ Man weicht mit ihnen von einer für den Transportsektor spezifischen Terminologie ab und geht über zu einer Terminologie, die größere Gefahren einer Verwechslung und Vermengung mit kaufrechtlichen Begrifflichkeiten birgt.²³¹

- 64** Wenn man die Auslegung des bisherigen Anknüpfungstatbestands aus Artt. 4 Abs. 4 S. 1 EVÜ; 28 Abs. 4 S. 1 EGBGB fortführen will, dann geht es beide Male um den vereinbarten Ort. Maßgeblich sind der vertraglich vereinbarte Ausgangsort und der vertraglich vereinbarte Bestimmungsort,²³² vorbehaltlich konkretisierter Optionsrechte oder einverständlicher Änderungen.²³³ Für die Fortführung dieser schon bisher geltenden Maßstäbe spricht die Orientierung an Art. 4 Abs. 4 S. 1 EVÜ bis in den insoweit unveränderten Wortlaut hinein. Hätte man abweichen wollen, so hätte dies eines Ausdrucks zumindest in den Materialien bedurft.²³⁴ Daran fehlt es aber. Im Gegenteil sekundiert Erwägungsgrund (22) S. 1 Rom I-VO: „Was die Auslegung von Güterbeförderungsverträgen betrifft, so ist nicht beabsichtigt, inhaltlich von Artikel 4 Absatz 4 Satz 3 des Übereinkommens von 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht abzuweichen.“ Indirekt erfährt das Abstellen auf vertragliche Momente eine

²²⁹ *Garcimartín Alférez*, EuLF 2008, I-61, I-70 no. 52.

²³⁰ Anders allerdings für die französische Fassung *Legros*, Rev. dr. transp. Février 2009, S. 12, 15. Tendenziell wie hier *jurisPK/Ringe* (Fn. 199), Art. 5 Rom I-VO Rn. 22.

²³¹ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 346.

²³² Siehe nur Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABl. EG 1980 C 282 Art. 4 EVÜ Anm. (5); *Schultsz* (Fn. 161), S. 185, 196; *Ebenroth/Rafael Fischer/Sorek*, ZvgIRWiss 88 (1989), 124, 129 Fn. 36; *Mankowski*, TranspR 1993, 213, 223; *ders.* (Fn. 7), S. 56, 57; *ders.*, TranspR 2008, 339, 346 f.; *Asariotis*, 26 JMLC 293, 311 (1995); *Soergel/v. Hoffmann* (Fn. 175), Art. 28 EGBGB Rn. 436; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 123; *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 25; *Morse*, Liber amicorum Kurt Siehr, 2010, S. 463, 471; *Häußer*, TranspR 2010, 246, 252; *jurisPK/Ringe* (Fn. 199), Art. 5 Rom I-VO Rn. 23; *Gebauer/Wiedmann/Nordmeier*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kap. 37 Rn. 55.

²³³ Eingehend dazu *Mankowski* (Fn. 7), S. 57-63.

²³⁴ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 346.

Stützung durch Erwägungsgrund (22) S. 2 Rom I-VO, demzufolge für die Parteibestimmung nur die vertragliche Position maßgeblich sein soll. Wenn man für die Parteiposition auf den Vertrag abhebt, ist es nur konsequent, auch für andere Momente auf den Vertrag und nicht auf die tatsächliche Ausführung abzuheben. Zudem verwendet Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO ausdrücklich den von den Parteien vereinbarten Ablieferungsort als Anknüpfungspunkt.²³⁵ Es würde der Rechtfertigung harren, wenn der Ablieferungsort in den beiden Sätzen des ersten Absatzes konzeptionell unterschiedlich zu verstehen wäre. Schließlich streitet für die vereinbarten Orte, dass sie in aller Regel in den Transportdokumenten aufgeführt sind und sich daher leicht bestimmen lassen.²³⁶ Maßgeblich ist die Gesamtbeförderung ohne Parzellierung und Aufspaltung in einzelne Beförderungsabschnitte.²³⁷

7. Ausgangsort (Verladeort)

Der Ausgangs- oder Verladeort (im Seegüterverkehr der Ladehafen) ist **65** einer der disjunktiven Anknüpfungspunkte, die unter Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO verstärkend zur Hauptniederlassung des Verfrachters hinzukommen müssen.²³⁸ Verladeort ist derjenige Ort, an welchem die zu transportierenden Güter in die Obhut und Verantwortlichkeit des Verfrachters übergehen sollen.²³⁹ Maßgebend ist also grundsätzlich der vertraglich vereinbarte, nicht der tatsächliche Verladeort.²⁴⁰ Übernimmt beim Containerverkehr der Verfrachter auch den Vorlauf, so kann der Verladeort auch in einem anderen Land liegen als der Ausgangshafen spezifisch der Seebeförderung. Hat der carrier im Containerverkehr die pre-carriage übernommen, so ist nämlich der binnenländische Übernahmeort der maßgebliche Verladeort.²⁴¹ Verladeort und vertragsbetreuende Niederlassung des Verfrachters fallen häufig zusammen, weil Transporte von einem im Exportstaat ansässi-

²³⁵ *Mankowski*, *TranspR* 2008, 339, 346.

²³⁶ Vgl. *Legros*, *Rev. dr. transp.* Février 2009, S. 12, 15.

²³⁷ *Ramming*, *HmbZSchR* 2009, 21, 25 f.

²³⁸ Anwendungsbeispiele: Rb. Rotterdam, S & S 1999 Nr. 93 S. 431 Nr. 4.3 („Atlantic Frigo“); Rb. Rotterdam, *NIPR* 2000 Nr. 119 S. 194 Nr. 5.8 („African Reefer“).

²³⁹ *Mankowski*, *TranspR* 1993, 213, 225; *ders.* (Fn. 7), S. 56; *Dieter Rabe* (Fn. 166), Vor § 556 HGB Rn. 115; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 122.

²⁴⁰ Bericht *Giuliano/Lagarde*, *ABl. EG* 1980 Nr. C 282 Art. 4 EVÜ Bem. (5) 4. Abs.; *Schultsz* (Fn. 161), S. 185, 196; *Ebenroth/R. Fischer/Sorek*, *ZVglRWiss* 88 (1989), 124, 129, S. 56 mwN; *Asariotis*, 26 *JMLC* 293, 311 (1995); *Dacey/Morris/Morse* (Fn. 165), Rn. 33-265; *J. Cooke/T. Young/A. Taylor/Kimball/Martowski/Lambert* (Fn. 162), Rn. 1.46; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 122.

²⁴¹ *Mankowski* (Fn. 7), S. 56; *Häußer*, *TranspR* 2010, 246, 252.

gen Verfrachter versprochen sind.²⁴² Sofern der Verladeort nach dem Vertrag zunächst offengelassen wird und erst durch eine Weisung des Befrachters oder die Ausübung eines Optionsrechts seitens des Verfrachters zu konkretisieren ist, gibt der konkretisierte Verladeort maß.²⁴³ Erfolgt keine Konkretisierung (und wird der Vertrag in der Folge auch nicht durchgeführt), so ist der Zusatzfaktor Verladeort nicht zu ermitteln.

66 Muss der Verfrachter unter einem einheitlichen Vertrag mehrere Teilladungen an verschiedenen Orten einsammeln, so ist zu berücksichtigen, dass der Verladeort unter Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO nur eines unter mehreren möglichen verstärkenden Momenten ist, das zur vertragsbetreuenden Niederlassung des Verfrachters hinzutreten kann. Daher können mehrere Verladeorte von Teilladungen jedenfalls dann verstärkend wirken, wenn sie in demselben Staat liegen (wenn also z.B. Ladung bei einem Straßengütertransportvertrag in Hamburg, Hannover und Kassel abzuholen wäre). Bei Verladeorten in mehreren Staaten unter einem einheitlichen Vertrag erscheint es methodengerecht, im Rahmen eines grouping of contacts zu fragen, ob diejenigen Verladeorte, welche im selben Staat liegen wie die vertragsbetreuende Niederlassung des Verfrachters, hinreichendes Gewicht haben, um zusammen mit der vertragsbetreuenden Niederlassung des Verfrachters den Schwerpunkt des Vertrages in jenen Staat zu ziehen. Voreilig wäre jedenfalls, den Singular im Gesetzeswortlaut zu wörtlich zu nehmen und den Verladeort als nicht ermittelbar anzusehen.²⁴⁴ Bei Verladeorten in mehreren Staaten unter jeweils gesonderten Verträgen ergibt sich keine Zusatzfrage; dann zählt jeweils der Verladeort unter dem einzelnen Vertrag.

67 Das Recht des Verladeortes war nach früherer deutscher Rechtsprechung zum Seefrachtverkehr anwendbares Recht für die Fälle, bei denen es sich um Rechtsverhältnisse handelte, die mit der Beladung des Schiffes zusammenhingen.²⁴⁵ Theoretisch wäre es möglich, diese Teilfragenanknüpfung auch unter der Rom I-VO fortzuführen. Sie vermag jedoch in der Sache nicht zu überzeugen, weil sie auf eine Anknüpfung an den Erfüllungsort

²⁴² Beispiele: Rb. Rotterdam, NIPR 2000 Nr. 45 S. 106 Nr. 3.1; Rb. Rotterdam, NIPR 2000 Nr. 119 S. 194 Nr. 5.8 („African Reefer“).

²⁴³ *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 25.

²⁴⁴ So aber *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 25.

²⁴⁵ RG, IPRspr. 1935-1944 Nr. 130; BGHZ 6, 127; OLG Hamburg, HansGZ 1889 Hptbl. 252; OLG Hamburg, HansGZ 1889 Hptbl. 299, 300; OLG Hamburg, HansGZ 1892 Hptbl. 1, 2; OLG Hamburg, HansGZ 1907 Hptbl. 244, 245; OLG Hamburg, HansGZ 1913 Hptbl. 181; OLG Hamburg, VersR 1974, 1174 = RIW 1975, 292; zust. *Frankenstein*, Internationales Privatrecht (Grenzrecht) II, 1929, S. 528 f.; *Sebba*, MittDGesVR 10 (1930), 107, 114.

der einzelnen Verpflichtung hinausläuft.²⁴⁶ Eine Erfüllungsortanknüpfung ist Artt. 4; 5 Rom I-VO im Prinzip fremd. Insbesondere kollidiert sie aber mit dem Prinzip, nicht einzelne Verpflichtungen, sondern den Vertrag insgesamt anzuknüpfen. Sofern ausnahmsweise der Erfüllungsort doch durchbricht, entscheidet sich Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO gerade für den Bestimmungs- und nicht für den Ausgangsort. Eine Aufspaltung des Leistungspakets ist zu vermeiden.²⁴⁷ Den richtigen Grundgedanken, örtliche Gegebenheiten und Gebräuche am Ausgangsort nicht unberücksichtigt zu lassen,²⁴⁸ kann man über Art. 12 Abs. 2 Rom I-VO und das Institut der Substitution umsetzen.²⁴⁹

8. Entladeort (Bestimmungsort)

a) Vereinbarter Bestimmungsort

Entladeort²⁵⁰ ist der vertraglich vereinbarte, nicht der spätere tatsächliche Bestimmungsort.²⁵¹ Bestimmung meint die Endstation des vereinbarten Transports, an welcher die transportierten Güter aus der Obhut des Verfrachters in die Obhut anderer, sei es des Befrachters, sei es vom Befrachter benannter und ihm deshalb zuzurechnender Dritter (insbesondere Lagerhalter) übergehen sollen.²⁵² Maßgeblich ist, was der Verfrachter unter dem Vertrag tun muss. Die Güter zur Verfügung zu stellen reicht aus, wenn der Vertrag dies vorsieht oder erlaubt. Eine reale Übergabe ist dann nicht erforderlich.²⁵³

Ein Ort, an dem eine simple Umladung erfolgt und von dem aus der Transport unter demselben Vertrag weitergeht, ist daher kein Bestim-

²⁴⁶ Mankowski (Fn. 7), S. 86.

²⁴⁷ Ramming, HmbZSchR 2009, 21, 25 f.

²⁴⁸ Siehe OLG Hamburg, HansGZ 1889 Hptbl. 299, 300 („Mudir“).

²⁴⁹ Mankowski (Fn. 7), S. 86.

²⁵⁰ Anwendungsbeispiel unter Art. 4 Abs. 4 EVÜ: CA Paris, DMF 1999, 829, 832 („Bonastar II“) m. zust. Anm. Tassel.

²⁵¹ Siehe nur Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABI. EG 1980 Nr. C 282 Art. 4 EVÜ Bem. (5) 4. Abs.; *Schultsz* (Fn. 161), S. 185, 196; *Ebenroth/R. Fischer/Sorek*, ZVglRWiss 88 (1989), 124, 129; *Mankowski* (Fn. 7), S. 57 mwN; *Asariotis*, 26 JMLC 293, 311 (1995); *Dacey/Morris/Morse* (Fn. 165), Rn. 33-265; *J. Cooke/T. Young/A. Taylor/Kimball/Martowski/Lambert* (Fn. 162), Rn. 1.46; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 123; *Volders*, R.W. 2009-10, 642, 655; *Morse*, Liber amicorum Kurt Siehr, 2010, S. 463, 471.

²⁵² Ebenso *Legros*, Rev. dr. transp. Février 2009, S. 12, 15.

²⁵³ Offen *Lagarde/Tenenbaum*, Rev. crit. dr. int. pr. 97 (2008), 727, 762.

mungsort²⁵⁴. Ein Not-Löschhafen oder Not-Entladeort ist für Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO unbeachtlich, weil er eben nicht vertraglich vorgesehen ist.²⁵⁵

- 70** Bei einer Optionsladung ist das Recht des später gewählten Bestimmungsortes maßgeblich, insoweit in gewisser Durchbrechung des Prinzips, dass der effektive Transportweg unerheblich ist und dass man möglichst keine ex post-Überlegungen anstellen sollte.²⁵⁶ Jedoch hat der Optionsort (insbesondere ein Optionshafen) bereits seinen Niederschlag im Vertrag gefunden. Die Alternative wäre, alle Optionsorte als gleichberechtigte Bestimmungsorte zu behandeln und damit eine Arbeit mit dem Anknüpfungspunkt Bestimmungsort praktisch unmöglich zu machen, will man nicht als Hilfsregel einführen, dass dann jeder Optionsort für sich bereits zähle. Wird das Optionsrecht nicht ausgeübt, so ist vielmehr Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO analog anzuwenden²⁵⁷ und eine Schwerpunktsuche durchzuführen.
- 71** Erfolgt nach Vertragsabschluss eine einvernehmliche Änderung des Bestimmungsortes, so ist der neue vereinbarte Bestimmungsort maßgeblich.²⁵⁸ Eine einseitige Änderung des Bestimmungsortes durch den Verfrachter ist dagegen kollisionsrechtlich unbeachtlich.²⁵⁹

b) Teilladungen

- 72** Werden Teilladungen vereinbart, die nach dem Vertrag jeweils an verschiedenen Bestimmungsorten abzuliefern sind, hat man anders als bei optionalen Bestimmungsorten kein Konkretisierungsproblem. Unter Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO geht es um ein grouping of contacts. Der Bestimmungsort hat dort nur verstärkendes Gewicht zur vertragsbetreuenden Niederlassung des Verfrachters. Insoweit verhält es sich anders als bei Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO, wo der Erfüllungsort alleiniger Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit ist. Daher erscheint es fragwürdig, in diesem Detail dem

²⁵⁴ *Bonassies*, DMF Hors série 2001, 62 no. 71.

²⁵⁵ *Mankowski* (Fn. 7), S. 57 und deutschaltrechtlich RG HansGZ, 1883 Hptbl. 27 („Marcia“); OLG Hamburg, HansGZ 1894 Hptbl. 28, 29 („Minna Craig“); vgl. auch *Delebecque*, Scritti in onore di Francesco Berlingieri, 2010, S. 431, 438.

²⁵⁶ *Mankowski* (Fn. 7), S. 58 f.; *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 25; vgl. auch *Ebenroth/R. Fischer/Sorek*, ZVglRWiss 88 (1989), 124, 130.

²⁵⁷ *Mankowski* (Fn. 7), S. 61 (mit der Entsprechung im EVÜ-System: Art. 28 Abs. 2 S. 3 EGBGB analog und Art. 28 Abs. 1 S. 1 EGBGB); *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 25.

²⁵⁸ *Mankowski* (Fn. 7), S. 61.

²⁵⁹ *Mankowski* (Fn. 7), S. 61; vgl. *Schultsz* (Fn. 161), S. 185, 196.

IZPR Hilfsüberlegungen entlehnen zu wollen.²⁶⁰ Bei Bestimmungsorten in mehreren Staaten unter einem einheitlichen Vertrag erschiene es methodengerecht, im Rahmen eines grouping of contacts zu fragen, ob diejenigen Bestimmungsorte, welche im selben Staat liegen wie die vertragsbetreuende Niederlassung des Verfrachters, hinreichendes Gewicht haben, um zusammen mit der vertragsbetreuenden Niederlassung des Verfrachters den Schwerpunkt des Vertrages in jenen Staat zu ziehen. Dies wäre dieselbe Lösung wie bei mehreren Verladeorten.²⁶¹

Allerdings könnte man sich so nur unter Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO 73 aus der Verlegenheit helfen. Unter Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO, wo der Bestimmungsort wiederkehrt, dort aber als alleiniger Anknüpfungsort, vermöchte der skizzierte Ansatz nicht zu helfen.²⁶² Daher würde er eine Divergenz zwischen den beiden Sätzen in Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO mit sich bringen. Wenn man eine einheitliche Auslegung des Bestimmungsortsbegriffs in beiden Sätzen erreichen will, muss man sich bei Teilladungen unter S. 1 ebenso entscheiden wie unter S. 2.²⁶³ Die Notwendigkeiten des S. 2 würden die Auslegung des S. 1 leiten.

Bei Bestimmungsorten in mehreren Staaten unter jeweils gesonderten Verträgen ergibt sich von vornherein keine Zusatzfrage; dann zählt jeweils der Bestimmungsort unter dem einzelnen Vertrag. Es handelt sich dann nicht im eigentlichen, technischen Sinne um Teilladungen. 74

9. Mehrere Beförderungen unter einem einheitlichen Vertrag

Mehrere Beförderungen unter einem einheitlichen Vertrag sind bei der Bestimmung von Verlade- und Bestimmungsort unproblematisch, wenn sie sich auf einer festgelegten Route abspielen und der Verlade- und der Bestimmungsort bei allen Einzelbeförderungen identisch sind.²⁶⁴ 75

Divergieren die Verlade- oder die Bestimmungsorte jedoch zwischen einzelnen Beförderungen, so bilden sie kein gemeinsames Band. Für die Anknüpfung des Gesamtvertrages liegt es dann wegen der Gesamtstruktur als grouping of contacts unter Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO nahe, trotzdem einen einzelnen Verlade- oder Bestimmungsort als möglicherweise verstärkenden Faktor heranzuziehen, insbesondere wenn er der gewichtigste ist 76

²⁶⁰ Tendenziell dahin aber *Lagarde/Tenenbaum*, Rev. crit. dr. int. pr. 97 (2008), 727, 762.

²⁶¹ Oben C III 7.

²⁶² Vgl. *Carbone*, RdC 340 (2009), 63, 141.

²⁶³ Unten C IV.

²⁶⁴ *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 26.

und mehr Gewicht entfaltet als alle anderen Orte zusammen. In letzterem Fall ist ein betreffender Bestimmungsort auch Bestimmungsort im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO. Verlade- oder Bestimmungsort von vornherein als nicht ermittelbar anzusehen,²⁶⁵ wäre jedenfalls für die Zwecke des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO zu pauschal. Unter Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO vermag ein einzelner, nicht überwiegender Bestimmungsort den Vertrag nicht zu prägen. Dann bleibt letztlich nur ein Rückfall auf eine Anknüpfung nach der relativ engsten Verbindung über Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO als letzter Ausweg.²⁶⁶

- 77 Eine *dépêche* vorzunehmen und jeden einzelnen ausfüllenden Transport, wenn er stattfindet, wie einen eigenständigen Frachtvertrag zu behandeln,²⁶⁷ erscheint zwar zunächst als elegante Lösung, würde aber bei den übergreifenden Vertragselementen Probleme bereiten.

IV. Subsidiäre Anknüpfungsregel in Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO

- 78 Nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO ist die Anknüpfung an den vereinbarten Bestimmungsort die subsidiäre Anknüpfung und Auffangregel für den Fall, dass sich die für Art. 5 Abs. 1 S. 1 erforderliche Kombination mehrerer Momente nicht ergibt und dass deshalb eine Anknüpfung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO nicht möglich ist. Methodisch ist dies eine zu begrüßende²⁶⁸ deutliche Abkehr von einer offenen Schwerpunktsuche mit Tendenz zum Recht der vertragsbetreuenden Niederlassung des Verfrachters, wie sie unter Artt. 4 Abs. 4 S. 1, Abs. 1 S. 1 EVÜ; 28 Abs. 1 S. 1 EGBGB obwalte.²⁶⁹ Rechtssicherheit durch eine klare Regel steht im Vordergrund.²⁷⁰ Das

²⁶⁵ Dahin *Reithmann/Martiny/Mankowski*, 6. Aufl. (Fn. 34), Rn. 1623; *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 26.

²⁶⁶ *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 26.

²⁶⁷ Dahin *Reithmann/Martiny/Mankowski*, 6. Aufl. (Fn. 34), Rn. 1623.

²⁶⁸ *Mankowski*, IHR 2008, 133, 140; *ders.*, TranspR 2008, 339, 347; *d'Avout*, Rev. Lamy Dr. aff. N° 29, juillet/août 2008, S. 69, 70; *Häußer*, TranspR 2010, 246, 251.

²⁶⁹ Eingehend *Mankowski*, TranspR 1993, 213, 224 f.; *Reithmann/Martiny/Mankowski*, 6. Aufl. (Fn. 34), Rn. 1429-1431. Das beste praktische Anwendungsbeispiel bot OLG Hamburg, IPRax 2008, 537, 539. Siehe außerdem BGH, TranspR 2009, 479, 481; OLG München, TranspR 1991, 61; OLG Braunschweig, TranspR 1996, 385.

²⁷⁰ *d'Avout*, Rev. Lamy Dr. aff. N° 29, juillet/août 2008, S. 69, 70; *Legros*, Rev. dr. transp. Février 2009, S. 12, 14; *Biagioni*, NLCC 2009, 717, 725; *Nikaki*, (2010) 16 JIML 85, 86; *Carbone*, Scritti in onore di Francesco Berlingieri, 2010, S. 281, 290; *Martiny*, ZEuP 2010, 747, 761; vgl. auch *Pauknerová*, Liber amicorum Kurt Siehr, 2010, S. 481, 489 f.

offene Ende des Art. 4 Abs. 4 EVÜ verschwindet.²⁷¹ Ein Rückgriff auf Art. 4 Rom I-VO (und dies meint sowohl dessen Abs. 2 wie dessen Abs. 4) ist durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO versperrt.²⁷² Der Verfrachterniederlassung wird für sich kein ausschlaggebendes Gewicht zugesprochen.²⁷³

Für den Bestimmungsort als maßgeblichen Anknüpfungspunkt kann man Gesichtspunkte ins Feld führen, die auch bei der Erfüllungsortsuche im IZPR unter Art. 5 Nr. 1 lit. b 2. Spiegelstrich EuGVVO eine Rolle spielen:²⁷⁴ Die transportierte Ware ist jetzt dort, und nur dort kann sie untersucht werden, namentlich auf transportbedingte Beschädigungen. Typischerweise wird auch dort prozessiert.²⁷⁵ Dies ist günstig für Importeure. Allerdings können deren Interessen allenfalls dann wirklich tragend sein, wenn die Importeure überhaupt Partei des Frachtvertrages sind.²⁷⁶ Dies kann der Fall sein, wenn der Importeur unter dem Kaufvertrag verpflichtet ist, für den Transport zu sorgen, also – deutschrechtlich gesprochen – im Wesentlichen eine Holschuld (sei es auch von einem Ort oder Hafen im Exportstaat) vorliegt, also bei E-Klauseln (insbesondere *ex works*) oder F-Klauseln (insbesondere *fob*, *fca* oder *fas*) im Kaufvertrag.²⁷⁷ Unter C-Klauseln (insbesondere *cif*) oder D-Klauseln ist dagegen der Exporteur Befrachter und Partei des Frachtvertrages. Für die Exportwirtschaft bedeutet die Anwendung des Bestimmungsortsrechts dann Auslandsrechtsanwendung.²⁷⁸

Bei Teilladungen muss man sich zwischen mehreren Alternativen entscheiden: Erstens könnte man eine *depêçage* vornehmen und die einzelne Teilladung je nach ihrem eigenen Bestimmungsort anknüpfen. Zweitens könnte man nach dem schwerpunktmäßigen Bestimmungsort fragen und diesen dominieren lassen. Freilich wäre eine Hilfslösung erforderlich, weil sich kein solcher schwerpunktmäßiger Bestimmungsort finden ließe. Drittens könnte man den relativ bedeutsamsten Bestimmungsort immer als

²⁷¹ Plastisch *Boonk*, TVR 2009, 95, 99.

²⁷² Ebenso *Legros*, Rev. dr. transp. Février 2009, S. 12, 14.

²⁷³ *Lagarde/Tenenbaum*, Rev. crit. dr. int. pr. 97 (2008), 727, 761.

²⁷⁴ Vgl. *Legros*, Rev. dr. transp. Février 2009, S. 12, 15; *Carbone*, RdC 340 (2009), 63, 140 sowie schon *Espinosa Calabuig* (Rn. 133), S. 234-238. Eingehend zur Lage im IZPR *Mankowski*, TranspR 2008, 67.

²⁷⁵ *Garcimartín Alférez*, EuLF 2008, I-61, I-70; *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 347; *Delebecque*, Scritti in onore di Francesco Berlingieri, 2010, S. 431, 438; vgl. auch *van der Velde* (Fn. 199), S. 9, 19.

²⁷⁶ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 347.

²⁷⁷ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 347.

²⁷⁸ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 348.

maßgeblich ansehen, auch wenn er nur ganz knapp wichtiger ist als andere und unwichtiger als die anderen in ihrer Summe. Viertens könnte man den möglichen Anknüpfungspunkt Bestimmungsort dann als letztlich nicht ermittelbar bewerten. Ein Wahl- oder besser Nominierungsrecht für eine der Vertragsparteien fände jedenfalls nirgends eine tragfähige Grundlage.

D. Konnossemente: Ausnahmbereich des Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 3 Rom I-VO

81 Bei der Stückgutbeförderung steht das Konnossement im Vordergrund des Interesses. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 3 EVÜ, aufgenommen in Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 3 Rom I-VO, findet das EVÜ keine Anwendung auf Verpflichtungen aus Wechseln, Schecks und anderen Wertpapieren, sofern die Verpflichtungen aus diesen anderen Wertpapieren aus deren Handelbarkeit entstehen.

I. Qualifikation als Konnossement

82 Laut Erwägungsgrund (9) Rom I-VO sollen ausdrücklich auch Konnossemente unter die Ausnahme fallen, soweit die Schuldverhältnisse aus dem Konnossement aus dessen Handelbarkeit entstehen. Damit wird der zuvor bestehende Streit, ob Konnossemente von der Ausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. c Var. 3 EVÜ erfasst seien (also dem EVÜ nicht unterfielen)²⁷⁹ oder nicht (also grundsätzlich dem EVÜ unterfielen),²⁸⁰ für die Rom I-VO positiv geklärt. Pauschal das europäische IPR anwenden zu wollen, ist jetzt definitiv überholt.²⁸¹ Damit wird die Rechtssicherheit erhöht.²⁸² Ein Erwägungsgrund von solcher Eindeutigkeit ist eine eindeutige, gute und stabile Grundlage für die Auslegung. Es bedürfte sehr überzeugender Gründe, um nicht von ihm auszugehen. Solche Gründe sind hier nicht ersichtlich.

²⁷⁹ Siehe nur BGHZ 99, 207, 210; *Mankowski*, TranspR 1988, 410, 411 f.; *ders.* (Fn. 7), S. 134-148 mwN.

²⁸⁰ So in England selber *North/Fawcett*, Private International Law, 13. Aufl. 1999, S. 548; *Gaskell*, in: *Gaskell/Asariotis/Baatz*, Bills of Lading: Law and Contracts, 2000, Rn. 19.8; *Harris*, in: *Fawcett/Harris/Bridge*, International Sale of Goods in the Conflict of Laws, Oxford 2005, Rn. 14.07 und in Deutschland *Herber*, FS Karl-Heinz Thume, 2008, S. 177, 184.

Korrekt danach differenzierend, in welchem Umfang bills of lading netogiable seien, allerdings *Dacey/Morris/Morse*, (Fn. 165), Rn. 33/331.

²⁸¹ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 352.

²⁸² *Mankowski*, IHR 2008, 133, 134; *ders.*, TranspR 2008, 339, 352.

Methodisch hat – anders als zu Art. 1 Abs. 2 lit. c Var. 3 EVÜ – nicht **83** mehr der nationale Gesetzgeber eine Ausfüllungsprärogative,²⁸³ sondern es geht um eine gemeinschaftsrechtlich-autonome Begriffsbildung.²⁸⁴ Kein nationaler Gesetzgeber kann mehr Kategorien des eigenen Wertpapierrechts heranziehen. Der deutsche Gesetzgeber kann sich nicht mehr auf Inhaber- und Orderpapiere beziehen und damit zumindest Rekta- oder Namenspapiere aus der Ausnahme ausgrenzen.²⁸⁵ Ebenfalls nicht zugänglich ist mangels Rückgriffs auf das Verständnis der *lex fori* oder ihres IPR ein (zudem eingeständenermaßen sehr komplizierter und kaum praktikabler²⁸⁶) Weg, zuerst über das nationale IPR das danach anwendbare Recht zu bestimmen, dann nach diesem Recht zu beurteilen, ob darunter Konnossemente als handelbar verstanden werden, und in einem dritten Schritt, wenn dies nicht der Fall ist, zur Rom I-VO zu gehen und über diese erneut kollisionsrechtlich anzuknüpfen.²⁸⁷

Art. 1 (7) HR versucht sich an einer Definition des Konnossements, **84** übernommen in s. 1 (6) (b) Carriage of Goods by Sea Act 1971. Eine Definition der negotiable bill of lading findet man auch in § 80103 (a) (1) Federal Bill of Lading Act 1994.²⁸⁸ Erwägungsgrund (9) Rom I-VO ist wesentlich englischen Interventionen und den Interessen der maritimen Wirtschaft Englands geschuldet. Dies legt eine Übernahme des seehandelsrechtlichen Vorverständnisses nahe, solange es kein davon abweichendes eigenständiges Verständnis für „Konnossement“ gerade im Gemeinschaftsrecht gibt. Dafür streitet auch die weitere ratio des Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO: indirekte Konventionskonflikte mit Einheitsrecht, dessen nationalen Umsetzun-

²⁸³ Siehe dort Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABl. EG 1980 C 282 Art. 1 EVÜ Bem. (4).

²⁸⁴ *Garcimartín Alférez*, EuLF 2008, I-61, I-63 Fn. 16; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 134; *ders.*, TranspR 2008, 339, 352; *Kopper*, Der multimodale Ladeschein im internationalen Transportrecht, 2007, S. 122; *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 29; vgl. auch *Stevens*, EJCL 2009, 126, 127 f.

²⁸⁵ Dies übersehen *Rugullis*, TranspR 2008, 102, 106; *Olaf Hartenstein*, TranspR 2008, 143, 155.

²⁸⁶ *Stevens*, EJCL 2009, 126, 131.

²⁸⁷ Dafür aber *Stevens*, EJCL 2009, 126, 131.

²⁸⁸ P.L. 103-429, § 6 (7a), 108 Stat. 4388 = 49 USCS § 321: „A bill of lading is negotiable if the bill (A) states that the goods are to be delivered to the order of a consignee and (B) does not contain on its face an agreement with the shipper that the bill is not negotiable.“

gen und Adaptionen aufzulösen.²⁸⁹ Zwar sind die seerechtlichen Übereinkommen nirgends explizit erwähnt, während das Genfer Einheitliche Wechsel- und Scheckrecht in den Materialien *expressis verbis* aufgeführt sind.²⁹⁰ Daraus ist jedoch kein Gegenschluss zu ziehen.²⁹¹ Denn die Materialien sind insoweit keineswegs abschließend. Dies wäre unsinnig, da ja Wechsel und Schecks schon im Verordnungstext benannt sind, sich Ausführungen dazu also gerade nicht auf die *anderen* handelbaren Wertpapiere beziehen können. Im Gegenteil wird das Genfer Einheitliche Wechsel- und Scheckrecht exemplarisch erwähnt. Es belegt *pars pro toto* den Gedanken, dessen Umsetzung die Ausnahme in den europäischen Normen gelten soll. Dabei geht es nicht um direkte Konventionskonflikte, denn dieser nimmt sich bereits Art. 25 Rom I-VO an; vielmehr geht es hier um indirekte Konventionskonflikte mit nationalen Umsetzungen von Internationalem Einheitsrecht.²⁹²

- 85** Diese ratio, indirekte Konventionskonflikte zu vermeiden, stellt einen weiteren Zusammenhang mit dem sachlich einschlägigen Einheitsrecht her. Umso näher liegt es dann, sich für die Begriffsausfüllung von Begriffen in den Abgrenzungstatbeständen an das Begriffsverständnis des jeweils sachlich einschlägigen Einheitsrechts anzulehnen. Das Gemeinschaftsrecht verweist implizit auf das seehandelsrechtliche Verständnis, soweit es „Konnossement“ sagt.²⁹³
- 86** Das seehandelsrechtliche Verständnis beruht im Wesentlichen auf der Drei-Funktionen-Lehre des englischen Rechts, inzwischen des gesamten angloamerikanischen Rechtskreises, denn dessen Denken dominiert die Schifffahrtswelt.²⁹⁴ Das Konnossement ist danach erstens Empfangsbekanntnis (und begründet damit den Herausgabeanspruch gegen den Verfrachter), zweitens Beweisurkunde für den Seefrachtvertrag²⁹⁵ und drittens document of

²⁸⁹ Für diese ratio BGHZ 99, 207, 210; *Basedow*, IPRax 1987, 333, 338; *Mankowski*, TranspR 1988, 410, 411 f.; *ders.* (Fn. 7), S. 317; *Reithmann/Martiny/Mankowski*, 6. Aufl. (Fn. 34), Rn. 1507; *Paschke*, TranspR 2010, 268, 269 f.

²⁹⁰ Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABl. EWG 1980 C 282 Art. 1 EVÜ Anm. (4); Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), KOM (2003) 427 endg. S. 9.

²⁹¹ Entgegen *Häußer*, TranspR 2010, 246, 248.

²⁹² Das übersehen *Häußer*, TranspR 2010, 246, 248 und *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 31.

²⁹³ *Mankowski*, TranspR 2008, 417, 418; zustimmend *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 29.

²⁹⁴ So die (dort bedauernde) Feststellung bei *Herber*, FS Peter Raisch, 1995, S. 67.

²⁹⁵ Speziell dazu: *J. Sewell v. James Burdick*, (1884) 10 App. Cas. 105 (H.L.); *Moss Steamship Co. Ltd. v. S. Whinney*, [1912] AC 254, 261, 264, 270 (H.L.) und im deutschen

title to the goods (d.h. es vermittelt einen Eigentumsanspruch auf die transportierte Ware).²⁹⁶ Entsprechende Funktionen schreibt auch der deutsche Rechtskreis dem Konnossement zu,²⁹⁷ gleichermaßen der romanische, z.B. im italienischen Recht.²⁹⁸ Das Konnossement *ist* nicht der Frachtvertrag.²⁹⁹ Konnossement und eigentlicher Seefrachtvertrag sind vielmehr zwei voneinander getrennte, jeweils eigenständige Rechtsverhältnisse.³⁰⁰ Im deutschen Recht

Recht RGZ 57, 62, 64; RGZ 89, 285, 288 („Etruria“); OLG Hamburg, VersR 1973, 1138, 1139 („Reinbek“) m. Anm. *Trappe*

²⁹⁶ Siehe nur *J.I. MacWilliam Co. Inc. v. Mediterranean Shipping Co. SA (The „Rafaela S“)*, [2005] UKHL 11 [38], [2005] 2 WLR 554, [2005] 1 Lloyd’s Rep. 347 (H.L., per Lord Steyn); *Berisford Metals Inc. v. S/S „Salvador“*, 779 F.2d 841, 845 (2d Cir. 1985); *Evergreen Marine Corp. v. Six Consignments of Frozen Scallops*, 4 F.3d 90, 92 Fn. 1 (1st Cir. 1993); *Carrington Slipways Pty. Ltd. v. Patrick Operations Pty. Ltd.*, (1991) 24 NSWLR 745, 751D-752E (New South Wales Ct. App., per Handley J.A.); *Gaskell/Asariotis/Baatz* (Fn. 280), Rn. 1.1-1.4; *Giermann*, Die Haftung des Verfrachters für Konnossementsangaben, 2000, S. 60-98; *dens.*, The Evidentiary Value of Bills of Lading and Estoppel, 2004, S. 10-12; *McMeel*, [2005] LMCLQ 273, 274; *Carver/Treitel*, Bills of Lading, 2. Aufl. 2005, Rn. 1-002, 2-001, 6-008; *Aikens/Lord/Bools*, Bills of Lading, 2006, Rn. 1.7-1.26; *Girvin*, Carriage of Goods by Sea, 2007, Rn. 61-98; *John F. Wilson*, Carriage of Goods by Sea, 6. Aufl. 2008, S 5 f.

Ebenso z.B. *Scutenaire*, in: *Putzeys* (ed.), Les ventes internationales et les transports, Louvain-la-Neuve 1992, S. 9; *Alexandropoulos*, ebd., S. 19; *Lopez de Gonzalo*, Dir. comm. int. 1993, 29, 42 f. no. 9, 47 f. no. 10, 55 f. no. 13.

²⁹⁷ Siehe nur *Schmidt-Scharff*, Das Warenpapier beim See- und Binnen-Transport, 1887, S. 16-18; *Schminke*, Das Konnossement, 1912, S. 3 f.; *Eberhard Henke*, Der Rechtserwerb durch Konnossement, 1912, S. 10 f.; *Carlos Meyer*, Das Orderkonnossement als Traditionspapier, 1912, S. 35; *Mannschatz*, Die dingliche Wirkung des Konnossements, 1913, S. 1; *Magda Hirsch*, Das Risiko des Seefrachttransporteurs im deutschen und französischen Recht, 1928, S. 15; *Julius v. Gierke*, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, 8. Aufl. 1958, S. 608; *Schlegelberger/Liesecke(-Liesecke)*, Seehandelsrecht, 2. Aufl. 1964, Vor § 642 HGB Rn. 3; *Dumke*, Das Konnossement als Wertpapier, 1970, S. 2; *Dierk Ernst*, Der Ablader im deutschen Seerecht, 1971, S. 26 f.; *Abraham*, Das Seerecht, 4. Aufl. 1974, S. 165; *Norf*, Das Konnossement im gemischten Warenverkehr, 1976, S. 8; *Radisch*, Die Beschränkung der Verfrachterhaftung beim Überseetransport von Containern, 1986, S. 202 f.; *Ingelmann*, Dokumentäre Sicherungsübereignung bei kombinierten Transporten, 1992, S. 47 f.

²⁹⁸ Siehe z.B. Trib. Milano, Dir. mar. 110 (2008), 1003, 1004; Trib. Salerno, Dir. mar. 110 (2008), 1000, 1001.

²⁹⁹ Besonders deutlich Rb. Rotterdam, NIPR 2005 Nr. 66 S. 109: Eine Gerichtsstandsklausel für „disputes under B/L“ erfasse nicht Ansprüche aus Frachtvertrag.

³⁰⁰ Siehe nur BGHZ 73, 4, 6 f. („Pia Vesta“); BGH, TranspR 1992, 106, 108; OLG Hamburg, VersR 1977, 814 („Pia Vesta“); OLG Hamburg, VersR 1982, 65 („Gudrun Danielsen“); OLG Hamburg, TranspR 1989, 438, 439 („Iguazu“); OLG Hamburg, TranspR 1992, 141, 142 („Gogo Regal“); OLG Hamburg, TranspR 2008, 125, 127;

macht der Kontrast zwischen § 656 Abs. 1 HGB und § 656 Abs. 4 HGB dies unmissverständlich klar. Der eigentliche Frachtvertrag ist in aller Regel zustande gekommen, bevor das Konnossement ausgestellt wird; schon deshalb kann das Konnossement mit ihm nicht identisch sein.³⁰¹

II. Behandlung von Rektakonnossementen

- 87 Erwägungsgrund (9) Rom I-VO differenziert nicht zwischen Order-, Inhaber- und Rektakonnossementen.³⁰² Er spricht schlechterdings von Konnossementen. Rektakonnossemente sind in der Rechtspraxis weitaus häufiger, als man denkt.³⁰³ Typischerweise nennen sie einen Berechtigten ohne Zusatz „or bearer“ und ohne Order-Klausel. Ein Konnossement, das nur einen consignee (Empfänger) benennt und keine Orderklausel enthält, ist jedenfalls nach den wesentlichen Rechtsordnungen kein Orderpapier.³⁰⁴
- 88 Rektakonnossemente sind dem Namen nach Konnossemente.³⁰⁵ Nicht außer Zweifel stehen freilich in den einzelnen Rechtsordnungen ihre Traditionsfunktion und ihr Charakter als document of title.³⁰⁶ Sie tragen indes weitgehend als Titel Verfügungen über die Ware.³⁰⁷ Sie sind ebenso zu

Cassaz., Dir. mar. 103 (2001), 1072 = Foro it. 2001 I col. 686; *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 QB 402, 414 (Q.B.D., *Devlin J.*); *Mankowski* (Fn. 7), S. 124 mwN; *dens.*, TranspR 2008, 417, 418; *dens.*, in: Handwörterbuch zum Europäischen Privatrecht, 2009, S. 1489 f.; *Herber*, FS Peter Rausch, 1995, S. 67, 72-74; *dens.*, SHR (Fn. 175), S. 283, 294.

³⁰¹ *Hansson v. Hamel and Horley Ltd.*, [1922] 2 A.C. 36, 47 (H.L.); *J.I. MacWilliam Co. Inc. v. Mediterranean Shipping Co. SA (The „Rafaela S“)* [2005] UKHL 11 [38], [2005] 2 WLR 554, [2005] 1 Lloyd's Rep. 347 (H.L., per Lord *Steyn*); *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 QB 402, 414 (Q.B.D., *Devlin J.*); *Carver/Treitel* (Fn. 296), Rn. 3-001.

³⁰² *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 352.

³⁰³ *Mankowski* (Fn. 7), S. 147, 177; *Hartenstein*, TranspR 2008, 143, 159.

³⁰⁴ Siehe nur für das deutsche Recht BGH, TranspR 1992, 106, 108 („Aquila“); OLG Hamburg, TranspR 1991, 109, 111; OLG Hamburg, TranspR 1991, 185, 187 („Aquila“) und für das englische Recht sec. 2 Carriage of Goods by Sea Act 1924 sowie *Henderson & Co. v. The Comptoir d'Escompte de Paris*, (1873) L.R. 5 P.C. 253, 260 (P.C.); *Soproma SpA v. Marine and Animal By-Products Corp.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 367, 388 (Q.B.D., *McNair J.*).

³⁰⁵ Vgl. aber s. 1 (2) (a) COGSA 1992.

³⁰⁶ Siehe nur *Maes*, ETR 2008, 559, 573-576 einerseits und *Carver/Treitel* (Fn. 296), Rn. 6.015–6.027 (document of title in common law sense?) andererseits.

³⁰⁷ Siehe nur *Maes*, ETR 2008, 559, 585-587.

präsentieren,³⁰⁸ will man die Ware herausverlangen, wie Order- und Inhaberkonnossemente.³⁰⁹ Jedoch unterliegen sie keinem besonderen wertpapierrechtlichen Übertragungsmodus, und immerhin gilt für sie nicht „Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier“, sondern genau umgekehrt „Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier“. Dies ist ein Unterscheidungskriterium.³¹⁰ Es nimmt Rektakonnossementen andererseits nicht die Grundqualität als Konnossement. Denn jedes Rektakonnossement verkörpert ebenso einen eigenständigen Herausgabeanspruch neben dem Frachtvertrag wie ein Orderkonnossement. Auch jedes Rektakonnossement begründet ein eigenes Konnossementsrechtsverhältnis. Auch jedes Rektakonnossement lässt spätere Rechtsinhaber keineswegs rechtlos und ohne Auslieferungsanspruch.³¹¹

Den unterschiedlichen Übertragungsmodus sollte man erst bei der weiteren Voraussetzung des Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 3 Rom I-VO berücksichtigen, dass die Ausnahme nur greift, soweit Verpflichtungen gerade auf der Handelbarkeit des Papiers beruhen.³¹² Die Ausgrenzung von Rektapapieren, wie Art. 37 Nr. 1 EGBGB sie in delegierter nationaler Kompetenz vollzog, existiert so unter Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO nicht mehr.³¹³ Eine straight bill of lading dürfte zudem unter das spezifische Konnossementshaftungsregime der Haager und Visby-Regeln fallen.³¹⁴ Art. 15 Abs. 1 lit. c HbGR und Art. 13 CMNI nennen Rektakonnossemente, und zumindest Art. 3 § 4 S. 2 VR und Art. 16 Abs. 3 lit. b HbGR differenzieren nicht nach den verschiedenen Konnossementsarten. Dies könnte man als Indiz für die tendenzielle Gleichstellung von Rektakonnossementen werten.³¹⁵ Indes sind Argumente aus den Hamburg Rules schwach, weil kein EU-Mitgliedstaat

³⁰⁸ Zweifelnd allerdings *Benjamin's Sale of Goods*, 7. Aufl. 2006, Rn. 18.069-18.072; *Debattista*, Bills of Lading in Export Trade, 3. Aufl. 2008, Rn. 2.34.

³⁰⁹ Siehe nur *Maes*, ETR 2008, 559, 581-585.

³¹⁰ *Mankowski*, TranspR 2008, 417, 419; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2883.

³¹¹ *Debattista* (Fn. 308), Rn. 2.1; *Mankowski*, TranspR 2008, 417, 419.

³¹² Wie hier *Paschke*, TranspR 2010, 268, 272. Insoweit richtig auch *Rugullis*, TranspR 2008, 102, 104; *Stevens*, EJCCCL 2009, 126, 130 f. Unentschieden MünchKommM/Martiny (Fn. 165), Art. 1 Rom I-VO Rn. 51.

³¹³ Auch insoweit richtig *Rugullis*, TranspR 2008, 102, 104; *Kopper* (Fn. 284), S. 122.

³¹⁴ *J.I. MacWilliam Co. Inc. v. Mediterranean Shipping Co. SA (The „Rafaela S“)*, [2005] UKHL 11, [2005] 2 WLR 554, [2005] 1 Lloyd's Rep. 347 (H.L.); Rb. Rotterdam, S&S 1999 Nr. 19; S.W. Margetson, in: *Hendrikse/N.H. Margetson/H.J. Margetson*, Aspects of Maritime Law, 2008, S. 19, 25; *Paschke*, TranspR 2010, 268, 272.

³¹⁵ Deutlich dahin *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 30.

diese ratifiziert hat. Dass die Vermutung des § 656 Abs. 2 S. 1 HGB auch für Rektakonnossemente gilt, ist in sich richtig, aber als Argument aus dem nationalen Recht für die europäische Begriffsbildung nicht von Bedeutung.³¹⁶

III. Umfang des Ausnahmereichs

- 90 Ausgegrenzt sind nur solche Verpflichtungen, die sich aus der Handelbarkeit von Konnossementen ergeben. Dies ist wortlautgleich mit dem entsprechenden Erfordernis in Art. 1 Abs. 2 lit. c Var. 3 EVÜ. Deshalb sollte im Prinzip inhaltliche Kontinuität obwalten.³¹⁷ Jedenfalls geht es um die Handelbarkeit des Papiers, nicht um jene der Verpflichtung an sich.³¹⁸ Aus der Handelbarkeit als solcher folgen – wörtlich verstanden – keine Verpflichtungen, sondern erst aus dem tatsächlichen Handel; insoweit ist die deutsche Formulierung ungenau.³¹⁹ Die französische Fassung besagt genauer, worum es eigentlich geht:³²⁰ „dérivent de leur caractère négociable“. Erwägungsgrund (30) Rom I-VO gibt keine weitergehende systematische Hilfestellung.³²¹ Auch Art. 6 Abs. 4 lit. d Rom I-VO lässt sich nur entnehmen, dass Wertpapiere nicht schlechterdings aus der Rom I-VO ausgegrenzt sein sollen.³²² Handelbarkeit meint Umlauffähigkeit.³²³ Rechtstechnisch drückt sich dies darin aus, dass ein Recht verbrieft wird, welches erst mit der Übertragung des Papiers auf den Erwerber übergeht.³²⁴ Handelbarkeit überwand traditionell-historisch in England die Missliebigkeit vertraglicher Drittberechtigungen (doctrine of privity of contract) und die Abneigung gegen eine Übertragung von choses in action.³²⁵

³¹⁶ Gegen *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 30.

³¹⁷ *Rugullis*, TranspR 2008, 102, 106; *Mankowski*, TranspR 2008, 417, 420.

³¹⁸ *Rugullis*, TranspR 2008, 102, 103.

³¹⁹ *Treffend v. Bar*, FS Werner Lorenz, 1991, S. 273, 285; dem zustimmend *Kopper* (Fn. 284), S. 109.

³²⁰ *Kopper* (Fn. 284), S. 113.

³²¹ *Mankowski*, TranspR 2008, 417, 420 f.

³²² *Mankowski*, TranspR 2008, 417, 420.

³²³ *Leible*, in: *Anwaltkommentar BGB*, Bd. 1, 2005, Art. 37 EGBGB Rn. 32.

³²⁴ *Soergel/v. Hoffmann* (Fn. 175), Art. 37 EGBGB Rn. 35; *Czernich/Heiss/Nemeth* (Fn. 175), Art. 1 EVÜ Rn. 33; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 37 EGBGB Rn. 44; *Looschelders*, *Internationales Privatrecht*, 2004, Art. 37 EGBGB Rn. 12; *Anwaltkomm/Leible* (Fn. 323), Art. 37 EGBGB Rn. 32; *Stevens*, *EJCL* 2009, 126, 128.

³²⁵ *McMeel*, [2005] *LMCLQ* 273, 278.

Aus der Handelbarkeit des Konnossements erwachsen jedenfalls die 91 spezifisch wertpapierrechtlichen Wirkungen, dass ein gutgläubiger Erwerb möglich wird und dass ein Einwendungsausschluss stattfindet. Diese spezifisch wertpapierrechtlichen Wirkungen fallen jedenfalls in den Ausnahmebereich nach Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 3 Rom I-VO.³²⁶ Würde man es dabei belassen,³²⁷ so gelangte man zu einer relativen Anknüpfung von Ansprüchen aus dem Konnossement, je nachdem, wer Konnossementsberechtigter ist, der erste Berechtigte oder ein derivativer Erwerber. Anknüpfungsgegenstand würde nur die Besserberechtigung des späteren Inhabers.³²⁸ Das kann nicht überzeugen, weil es mit dem Prinzip des einheitlichen Anknüpfungsgegenstands im Internationalen Wertpapierrecht kollidiert.³²⁹ Außerdem ist die besondere Ausgestaltung nicht vom tatsächlichen Dritterwerb abhängig, sondern erfolgt auf die Möglichkeit des Dritterwerbs hin.³³⁰

Sich an der Auslegung in anderen Vertragsstaaten des EVÜ zu orientieren, insbesondere an dem angloamerikanischen Verständnis, dass das Konnossement in der Regel kein negotiable instrument sei,³³¹ würde zwar zu einem sehr eng begrenzten Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 2 lit. d 92

³²⁶ Insoweit übereinstimmend Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 10/504, 84; *Schultsz* (Fn. 161), S. 185, 189 f.; *Flessner* (Fn. 181), S. 21; *Tetley* (Fn. 161), S. 312; *Herber*, FS Peter Raisch, 1995, S. 67, 78; *ders.*, SHR (Fn. 175), S. 409; *ders.*, FS Karl-Heinz Thume, 2008, S. 177, 183 f. Fn. 20; *Asariotis*, Die Anwendungs- und Zuständigkeitsvorschriften der Hamburg-Regeln und ihre Ausstrahlungswirkung in Nichtvertragsstaaten, 1999, S. 44 f.; v. *Ziegler*, Schadensersatz im internationalen Seefrachtrecht, 1990, S. 55; *Looschelders* (Fn. 324), Art. 37 EGBGB Rn. 12; *Ramming*, TranspR 2007, 279, 296; *Erman/Hohloch*, BGB, 12. Aufl. 2008, Art. 37 EGBGB Rn. 3; *Stevens*, EJCCCL 2009, 126, 128 f.; MünchKomm/*Martiny* (Fn. 165), Art. 1 Rom I-VO Rn. 53.

³²⁷ Dafür, wenn auch mit unterschiedlichen Nuancierungen, so doch in der generellen Linie übereinstimmend die in der vorigen Fn. zitierten Autoren (aber nicht die Regierungsbegründung und *Ramming*) sowie *Boonk*, in: *Hendrikse/N.H. Margetson/H.J. Margetson*, Aspects of Maritime Law, Alpen aan den Rijn 2008, S. 319, 325.

³²⁸ So konsequent *Schultsz* (Fn. 161), S. 185, 190.

³²⁹ *Mankowski*, TranspR 1988, 410, 412; *ders.* (Fn. 7), S. 138 sowie *Soergel/v. Hoffmann* (Fn. 175), Art. 37 EGBGB Rn. 36; *Czernich/Heiss/Nemeth* (Fn. 175), Art. 1 EVÜ Rn. 35; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 37 EGBGB Rn. 47.

³³⁰ *Mankowski* (Fn. 7), S. 139; *Kopper* (Fn. 284), S. 112.

³³¹ *Z.B. Gurney v. Behrend*, (1854) 3 E.&B. 622, 633 f., 188 E.R. 1275, 1279; *Tetley*, Marine Cargo Claims, 3. Aufl. Montreal 1988, S. 220.

Var. 3 Rom I-VO führen.³³² Die Teilfragen der Konnossementsübertragung als solcher und des Einwendungsausschlusses gegenüber dem gutgläubigen Erwerber abzuspalten und einem eigenen Anknüpfungsregime zu unterwerfen wäre aber wenig sinnvoll.³³³ Man sollte das Wertpapier Konnossement auch in seinem übergreifenden Charakter als Verbriefung von Ansprüchen sehen und die spezifisch wertpapierrechtlichen Funktionen nicht zu eng ziehen. Außerdem ist die Basis des Schlusses angreifbar:³³⁴ Jene enge angloamerikanische Ansicht greift nur, soweit das Konnossement kein Orderkonnossement ist,³³⁵ Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 3 Rom I-VO meint aber gerade Orderkonnossemente.

- 93 Mit dem Übergang zu einer Verordnung hat sich ganz prinzipiell jede Möglichkeit, auf das englische Rechtsverständnis als maßgeblich zurückzugreifen, erledigt und ist der Notwendigkeit einer europäisch-autonomen Begriffsbildung gewichen.³³⁶ Es wäre im Übrigen methodisch zweifelhaft, ob man schon Art. 1 Abs. 2 lit. c EVÜ selbst in seiner englischen Fassung durch Rückgriff auf das nationale Verständnis eines Begriffs speziell im englischen Recht auslegen durfte.³³⁷ Hinzu tritt schließlich, dass selbst in englischen Entscheidungen oft von negotiable bills of lading die Rede ist³³⁸ und der kommerzielle Sprachgebrauch ebenfalls dahin geht. Insoweit mag negotiable mit transferable verwechselt werden³³⁹ – aber wer vermag mit

³³² Dafür *Bonomi*, Banca, borsa e titoli di credito 1992 I 36, 49 no. 6; *Herber*, FS Peter Raisch, 1995, S. 67, 78; *ders.* S. 406; vgl. auch *Puttfarken*, Seehandelsrecht, 1997, Rn. 316; *Asariotis* (Fn. 326), S. 44.

³³³ Das sieht *Puttfarken*, Seehandelsrecht, 1997, Rn. 316 richtig.

³³⁴ Zu pauschal *Tetley* (Fn. 331), S. 309; *Gaskell/Asariotis/Baatz* (Fn. 280), Rn. 19.8, die jedes Konnossement nicht von Art. 1 Abs. 2 lit. c EVÜ erfasst sehen.

³³⁵ *Lickbarrow v. Mason*, (1794) 5 T.R. 683; *Henderson v. Comptoir d'Escompte de Paris*, (1873) L.R. 5 P.C. 253, 260; *Scrutton/Boyd/Burrows/Foxton*, Charterparties and Bills of Lading, 20. Aufl. 1996, S. 184, 185.

³³⁶ *Mankowski*, TranspR 2008, 418, 421; *Stevens*, EJCCL 2009, 126, 129.

³³⁷ *Mankowski* (Fn. 7), S. 137 f. sowie *Malatesta*, Riv. dir. int. priv. proc. 1992, 887, 891.

³³⁸ Zuletzt *The „Federal Bulker“*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 103, 105 (C.A., per *Bingham L.J.*); *The „Mobil Courage“*, [1987] 2 Lloyd's Rep. 655, 658; *The „Houda“* [1994] 2 Lloyd's Rep. 541, 556 (C.A., per *Millet L.J.*); *Motis Exports Ltd. v. Dampskibsselskabet AF 1912* [2000] 1 Lloyd's Rep. 211, 216 (C.A., per *Stuart-Smith L.J.*); *O.K. Petroleum AB v. Vitol Energy SA*, [1995] 2 Lloyd's Rep. 160, 162 (Q.B.D., *Colman J.*); *Excess Insurance Co.Ltd. v. Mander* [1997] 2 Lloyd's Rep. 119, 125 (Q.B.D., *Colman J.*); *The „Hector“* [1998] 2 Lloyd's Rep. 287, 293 (Q.B.D., *Rix J.*); *The „Chitral“* [2001] 1 All ER (Comm) 932, 937 f. (Q.B.D., *David Steel J.*).

³³⁹ So *Asariotis*, 26 JMLC 293, 296 (1995); *Carver/Treitl/Reynolds*, Bills of Lading, London 2001, Rn. 6-014.

Sicherheit zu sagen, dass sich Art. 1 Abs. 2 lit. c EVÜ nicht am eingebürgerten, sondern am rechtspräzisen Sprachgebrauch spezifisch des englischen Rechts orientiert hat?³⁴⁰ Erschwerend tritt hinzu, dass selbst für die Zwecke der sec. 1 (4) COGSA 1971 negotiable und transferable gerade mit Blick auf Konnossemente auf der gleichen Stufe stehen und die Abgrenzung gegenüber straight consigned bills of lading (Rektakonnossementen) das Entscheidende ist.³⁴¹ Sec. 1 (6) (b) COGSA 1971 verwendet übrigens selber den Terminus „non-negotiable document“ mit Blick auf mögliche Extensionen über Konnossemente hinaus.

Zudem ist ein Einwendungsausschluss keine Verpflichtung. Vielmehr **94** befasst er sich nur mit Gegenrechten zu einem bestehenden Anspruch. Man müsste also schon den Wortlaut der Norm korrigieren, wenn man sie auf gutgläubigen Erwerb und Einwendungsausschluss reduzieren und beschränken wollte.³⁴² Vielmehr muss der Anknüpfungsgegenstand weiter sein, weil die verkehrsschützende Ausrichtung des Wertpapierrechts schon auf die bloße Möglichkeit eines Erwerbs durch Dritte hin ausgerichtet ist.³⁴³

Richtigerweise unterfallen der Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. d **95** Var. 3 Rom I-VO alle im Konnossement verkörpert Ansprüche, also alle Primär- und Sekundäransprüche aus dem Konnossement.³⁴⁴ Denn dabei

³⁴⁰ S. Anton, *Private International Law*, Edinburgh 1991, S. 321; Merkin, 1991 JBL 205, 208; Plender, *The European Contracts Convention*, London 1991, S. 65. Offen auch Giorgios Zekos, *Dir. mar.* 104 (2002), 161, 169. M. Clarke, [2002] *Lloyd's MCLQ* 356, 364 bezeichnet Konnossemente als quasi-negotiable; siehe auch Kum v. Wah Tat Bank, [1971] 1 *Lloyd's Rep.* 439, 446 (P.C., per Lord Devlin).

³⁴¹ Siehe *The „Happy Ranger“*, [2001] 2 *Lloyd's Rep.* 530, 539 (Q.B.D., Tomlinson J.); *The „Rafaela S“*, [2002] 2 *Lloyd's Rep.* 403, 406 f. (Q.B.D., Langley J.) sowie *The „Captain Gregos“* [1990] 1 *Lloyd's Rep.* 310, 317 f. (C.A., per Bingham L.J.).

³⁴² Mankowski (Fn. 7), S. 138 f.

³⁴³ Mankowski, *TranspR* 1988, 410, 412; ders. (Fn. 7), S. 139.

³⁴⁴ Mankowski, *TranspR* 1988, 410, 412; ders. (Fn. 7), S. 140; ders., *TranspR* 2008, 417, 422; v. Bar, *FS* Werner Lorenz, 1991, S. 273, 285 f.; Thode, *WuB IV A. § 817 BGB* 2.94, 312, 313; Soergel/v. Hoffmann (Fn. 175), Art. 37 *EGBGB Rn.* 36; Dieter Rabe (Fn. 166), Vor § 556 *HGB Rn.* 124; Kopper (Fn. 284), S. 112 f.; Hartenstein, *TranspR* 2008, 143, 155; ähnlich *BGHZ* 99, 207, 209 („Lanka Abhaya“); Trib. Livorno, *Dir. mar.* 99 (1997), 166, 168; Klaus H. Abraham, *WuB VII A. § 38 ZPO* 1.87, 641, 642; Malatesta, *Riv. dir. int. priv. proc.* 1992, 887, 896 f.; Ballarino/Bonomi, *Riv. dir. int.* 1993, 939, 953; Czernich/Heis/Nemeth (Fn. 175), Art. 1 *EVÜ Rn.* 35; Fremuth, in: *Fremuth/Thume*, § 452a *HGB Rn.* 18; Staudinger/Magnus (Fn. 27), Art. 37 *EGBGB Rn.* 47; Ramming, *TranspR* 2007, 279, 296; Palandt/Thorn, Art. 37 *EGBGB Rn.* 1; vgl. auch Celle, *Dir. mar.* 98 (1996), 975, 985. Offen *MünchKomm/Martiny* (Fn. 27), Art. 37 *EGBGB Rn.* 41.

handelt es sich um Verpflichtungen, die im Interesse der Verkehrsfähigkeit besonders ausgestaltet sind. Die Ausnahme solcher Verpflichtungen wollten schon die Gesetzesmaterialien zur IPR-Reform 1986.³⁴⁵ Zwischen Primär- und Sekundäransprüchen ist keine Grenze zu ziehen, und beide sind demselben kollisionsrechtlichen Regime zu unterstellen. Darin liegt keine deutsche Besonderheit.³⁴⁶ Erstens müssen im Gegenteil gerade common law-Rechtsordnungen, die sich mit specific performance und Erfüllungsansprüchen schwer tun, umso schneller auf damages, also Schadensersatzansprüche als Erfüllungszwang überwechseln. Zweitens ist aus dem europäischen IZPR für Verträge das Prinzip *accessorium sequitur principale*³⁴⁷ zu übertragen: Sekundäransprüche folgen den verletzten Primäransprüchen. Drittens ist dieser Gedanke verallgemeinerungsfähig auch in Art. 12 Abs. 1 lit. c Rom I-VO verankert. Eine Trennung zwischen Primäranspruch und Sekundäransprüchen dergestalt, dass nur der Primäranspruch ausgenommen wäre,³⁴⁸ würde diese Zusammenhänge aufsprengen.

- 96** Eine engere Auslegung lässt sich auch nicht darauf stützen, dass das Konnossement Beweisurkunde für den eigentlichen Seefrachtvertrag ist.³⁴⁹ Zwar ist sowohl richtig, dass das Konnossement unter anderem diese Funktion hat,³⁵⁰ als auch, dass der Seefrachtvertrag als solcher nicht unter Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 3 Rom I-VO fällt.³⁵¹ Man darf aber den Vertrag und das

³⁴⁵ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drucks. 10/504, 84.

³⁴⁶ Dahin aber Häußner, TranspR 2010, 246, 247.

³⁴⁷ Siehe dort nur EuGH 15.1.1987 – Rs. 266/85, Slg. 1987, 239, 259 Rn. 19 – Hassan Shenavai/Klaus Kreisler; EuGH 5.10.1999 – Rs. C-420/97, Slg. 1999, I-6747, I-6791 f. Rn. 38 – Leathertex Divisione Sintetici SpA/Bodetex BVBA; Epheteio Thessaloniki Arm. 1999, 1744; Rb. Kh. Gent, TBH 2003, 175, 177; Rogerson, [2001] Cambridge Yb. Eur. L. 383; Mankowski, in: Magnus/Mankowski (Fn. 14), Art. 5 Brussels I Regulation Rn. 132.

³⁴⁸ Dafür Häußner, TranspR 2010, 246, 248.

³⁴⁹ Dafür aber Flessner (Fn. 181), S. 21; Reithmann/Martiny/van Dieken, 5. Aufl. (Fn. 161), Rn. 1223.

³⁵⁰ Mankowski (Fn. 7), S. 125 mit umfangreichen Nachweisen, z.B. RGZ 57, 62, 64; RGZ 89, 285, 288 („Etruria“); OLG Hamburg, VersR 1973, 1138, 1139 („Reinbek“) Anm. Trappe; J. Sewell v. James Burdick, (1884) 10 App. Cas. 105 (H.L.); Moss Steamship Co. Ltd. v. S. Whinney, [1912] AC 254, 261, 264, 270 (H.L.).

³⁵¹ Siehe nur Mankowski (Fn. 7), S. 134-136; Herber (Fn. 161), S. 221; dens., SHR (Fn. 175), S. 406.

Anderer Ansicht allein Basedow, IPRax 1987, 333, 340; ders., in: Transportrecht und Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen (1988), S. 239, 255; ders., ZHR 155 (1991), 486, 489 sowie Ballarino/Bonomi, Riv. dir. int. 1993, 939, 953 f.

Beweismittel für den Vertrag nicht miteinander vermengen.³⁵² Ein Beweismittel ist nicht mit dem Beweisgegenstand identisch. Insoweit erfüllt das Konnossement vielmehr nur eine Hilfsfunktion für ein anderes Rechtsverhältnis. Dies macht aber keineswegs seinen ganzen Inhalt aus. Würde man jene Beweismittelfunktion als maßgebend durchschlagen lassen, so beraubte man das Konnossement seiner wesentlichen Inhalte. Konnossement und eigentlicher Seefrachtvertrag sind vielmehr zwei voneinander getrennte, jeweils eigenständige Rechtsverhältnisse.³⁵³ Diese Trennung muss man auch kollisionsrechtlich beachten.³⁵⁴ In diesem Sinne kann man die Nichtakzessorität gegenüber dem Frachtvertrag und insoweit die Abstraktheit zum Abgrenzungskriterium machen.³⁵⁵ Die Beweisfunktion des Konnossements mit Blick auf den Frachtvertrag unterfällt dem Frachtvertragsstatut.³⁵⁶ Die Eigenständigkeit des Konnossements würde gedanklich missachtet, wenn man zum Abgrenzungskriterium machen wollte, ob ein schuldrechtliches Pendant auf der Ebene des Frachtvertrags besteht (dann Rom I-VO) oder nicht (dann Konnossements-IPR).³⁵⁷

IV. Erfasste Ansprüche im Einzelnen

Unter Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 3 Rom I-VO fallen jedenfalls der Herausgabeanspruch gegen den Verfrachter³⁵⁸ und Schadensersatzansprüche gegen

³⁵² Dies gilt schon wegen der unterschiedlichen Verpflichtungsrichtungen: Konnossement einseitig gegen den Verfrachter, Frachtvertrag zweiseitig; siehe *La Mattina*, Dir. mar. 104 (2002), 441, 455.

³⁵³ Siehe nur BGHZ 73, 4, 6 f. („Pia Vesta“); BGH, TranspR 1992, 106, 108; OLG Hamburg, VersR 1977, 814 („Pia Vesta“); OLG Hamburg, VersR 1982, 65 („Gudrun Danielsen“); OLG Hamburg, TranspR 1989, 438, 439 („Iguazu“); OLG Hamburg, TranspR 1992, 141, 142 („Gogo Regal“); Cassaz., Dir. mar. 103 (2001), 1072 = Foro it. 2001 I col. 686; *Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd.*, [1954] 2 QB 402, 414 (Q.B.D., *Devlin J.*); *Mankowski* (Fn. 7), S. 124 mwN; *dens.*, in: HWB EuPR (Fn. 300), S. 1489 f.; *Herber*, FS Peter Raisch, 1995, S. 67, 72-74; *dens.*, SHR (Fn. 175), S. 283, 294.

³⁵⁴ In diesem Sinne auch *Memorie van Toelichting*, Stukken Tweede Kamer 1988-1989 Nr. 21059 Nr. 3; *W. E. Haak*, WPNR 5544 (1980), 865, 868; *Bertrams/van der Velden*, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weense Koopverdrag, Deventer 1994, S. 9; *Prisse*, Conflictrecht met betrekking to het zee- en binnenvaartrecht, Zwolle 1995, S. 22; *Boonk*, Zeerecht en IPR, Deventer 1998, S. 184 f.

³⁵⁵ *Mankowski*, TranspR 1988, 410, 412 sowie *Boonk* (Fn. 354), S. 186; vgl. auch *Dieter Rabe* (Fn. 166), Vor § 556 HGB Rn. 123.

³⁵⁶ *Celle*, Dir. mar. 98 (1996), 975, 988.

³⁵⁷ So aber *Häußer*, TranspR 2010, 246, 248.

³⁵⁸ Insoweit übereinstimmend auch *Häußer*, TranspR 2010, 246, 248.

den Verfrachter.³⁵⁹ Erfasst sind Schadensersatzansprüche wegen Beschädigung der Güter (Ladungsschäden),³⁶⁰ wegen See- oder Ladungsuntüchtigkeit des Schiffes³⁶¹ und aus eingeschränkter Skripturhaftung.³⁶² Verspätungsschäden wegen Überschreitung der Lieferfrist dürften dagegen nicht erfasst sein.³⁶³

98 Jedenfalls nicht erfasst sind Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Schutz und Rücksichtnahmepflichten.³⁶⁴

99 Problematisch ist, inwieweit auch Ansprüche gegen den Empfänger unter die Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 3 Rom I-VO fallen, namentlich der Anspruch auf Frachtzahlung oder Liegegeld.³⁶⁵ Auf den ersten Blick scheint dafür in der Tat zu sprechen, dass sie Gegenrechte gegen den Herausgabeanspruch begründen können und man Rechte und Gegenrechte nicht trennen sollte.³⁶⁶ Indes entstehen diese Ansprüche nicht aus dem Konnossement, sondern aus dem Frachtvertrag.³⁶⁷ Die Verpflichtung zur Frachtzahlung ist die Hauptverpflichtung des Befrachters aus dem Frachtvertrag. Vorschriften wie § 614 HGB ordnen nur einen gesetzlichen Übergang der Verpflichtung auf den Empfänger an, ändern aber nichts an der Zuordnung zum Frachtvertrag.³⁶⁸ Den Fall, dass kein Frachtvertrag, wohl aber ein Konnossement existiere,³⁶⁹ kann es so gar nicht geben. Denn aus der Konnossementsbegebung ließe sich dann indiziell ein stillschweigender Frachtvertrag auf Basis der Konnossementsbedingungen ableiten. Das Konnossement verbietet keine Ansprüche gegen den Empfänger, sondern nur Ansprüche gegen den konnossementsmäßigen Verfrachter; es ist

³⁵⁹ BGHZ 99, 207, 209; *Ramming*, TranspR 2007, 279, 296.

Insoweit ablehnend *Häußer*, TranspR 2010, 246, 248.

³⁶⁰ Zustimmung *Ramming*, HmbZSchR 2009, 21, 29; *Paschke*, TranspR 2010, 268, 273.

³⁶¹ Zustimmung *Paschke*, TranspR 2010, 268, 273.

³⁶² *Mankowski*, TranspR 1988, 410, 412; *Mankowski*, TranspR 2008, 417, 422.

³⁶³ *Mankowski*, TranspR 2008, 417, 423; *Paschke*, TranspR 2010, 268, 273. Anderer Ansicht *Ramming*, TranspR 2007, 279, 296; *ders.*, HmbZSchR 2009, 21, 29.

³⁶⁴ *Ramming*, TranspR 2007, 279, 296; *ders.*, HmbZSchR 2009, 21, 31; *Mankowski*, TranspR 2008, 417, 423; *Paschke*, TranspR 2010, 268, 273. Ablehnend wohl *Häußer*, TranspR 2010, 246, 247 f.

³⁶⁵ Dafür *Dieter Rabe* (Fn. 166), Vor § 556 HGB Rn. 124, 126. Dagegen *Mankowski*, *RabelsZ* 58 (1994), 772, 777; *ders.* (Fn. 7), S. 143 f.; *ders.*, TranspR 2008, 417, 422.

³⁶⁶ *Dieter Rabe* (Fn. 166), Vor § 556 HGB Rn. 124.

³⁶⁷ *Mankowski*, *TranspR* 2008, 418, 423; *Stevens*, *EJCL* 2009, 126, 132.

³⁶⁸ *Mankowski*, *RabelsZ* 58 (1994), 772, 777; *ders.* (Fn. 7), S. 143 f.

³⁶⁹ Auf diesen Fall stützt sich *Dieter Rabe* (Fn. 166), Vor § 556 HGB Rn. 126 maßgeblich.

insoweit strikt einseitig.³⁷⁰ Zudem bedingt sachrechtliche Konnexität keine kollisionsrechtliche Konnexität. Das Statut des Anspruchs, der ein Gegenrecht begründen kann, lässt sich vielmehr vollkommen systemkonform im Wege der Vorfragenanknüpfung ermitteln.³⁷¹

Für die Ausgrenzung der Verfrachterrechte gegen den Empfänger aus Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 3 Rom I-VO streitet auch, dass insoweit die zweite ratio des Art. 1 Abs. 2 lit. c EVÜ nicht greifen kann:³⁷² Jene Vorschrift will auch, wie aus Art. 1 Abs. 2 lit. d Var. 1, 2 Rom I-VO erhellt, direkte oder indirekte Konflikte zwischen internationalen Konventionen vermeiden.³⁷³ Die Verfrachterhaftung aus Konnossement ist seit den Haager Regeln Gegenstand besonderer Konventionen. Dagegen sind Ansprüche gegen die Ladungsinteressenten nicht international vereinheitlicht.

V. Bedeutung der Rom I-VO für Art. 6 EGHGB

1. Ausgangslage vor der Rom I-VO unter EVÜ und Artt. 27-37 EGBGB

Im deutschen Internationalen Konnossementprivatrecht gibt es bekanntlich für Haftungsfragen seit 1986 die geschriebene Kollisionsnorm des Art. 6 EGHGB mit ihrem komplizierten System.³⁷⁴ Sie spiegelt wider, dass Deutschland Vertragsstaat der Haager Regeln ist, inhaltlich die Visby-Regeln übernommen hat, aber andererseits als Gastgeberstaat für die Hamburg-Regeln nicht dadurch brüskieren möchte, dass man nachher die konkurrierenden und älteren Visby-Regeln auch ratifizierte.³⁷⁵ Welchen Einfluss haben Art. 1 Abs. 2 lit. c und Erwägungsgrund (9) Rom I-VO nun auf das Schicksal des Art. 6 EGHGB? Die Antwort fällt leider differenziert aus. Ausgangspunkt muss sein, dass Art. 1 Abs. 2 lit. c Rom I-VO eine Ausnahme von der Rom I-VO statuiert. Mit Blick auf Konnossemente macht Erwägungsgrund (9) Rom I-VO diese Ausnahme klarer, als sie vorher war. Daraus ergibt sich als Grundtendenz ein Erst recht-Schluss: Was bereits

³⁷⁰ Schmidt-Scharff (Fn. 297), S. 19; Bosdas, Das Konnossement nach griechischem Recht im Vergleich mit dem deutschen Recht, 1927, S. 45; Radisch, Die Beschränkung der Verfrachterhaftung beim Überseetransport von Containern, 1986, S. 189; Mankowski, *RabelsZ* 58 (1994), 772, 777; ders. (Fn. 7), S. 143 f.

³⁷¹ Mankowski (Fn. 7), S. 145.

³⁷² Dies gesteht Dieter Rabe (Fn. 166), Vor § 556 HGB Rn. 124 zu.

³⁷³ BGHZ 99, 207, 210, IPRax 1987, 333, 338; Mankowski, *TranspR* 1988, 410, 411 f.

³⁷⁴ Zu Art. 6 EGHGB eingehend Mankowski (Fn. 7), S. 300-390; ders., *TranspR* 1988, 410; Ramming, *TranspR* 1998, 381.

³⁷⁵ Siehe nur Heiss/Loacker, *JBl* 2007, 613, 640; Volders, (2007) 9 *Yb. PIL* 127, 132 f. sowie Leible/Matthias Lehmann, *RIW* 2007, 721, 733.

vorher ausgenommen war, muss jetzt erst recht ausgenommen sein. Wenn die Ausnahme tendenziell eher weiter wird, fällt jedenfalls nichts aus ihr heraus, was vorher schon ausgenommen war. Indes ist dies nur ein erster Schritt. Denn wie gestaltete sich vorher das Verhältnis des Art. 6 EGHGB zum EVÜ und in Deutschland zu den Artt. 27-37 EGBGB? Dafür gab es mehrere miteinander konkurrierende und zueinander alternative Ansätze. Deren erster qualifizierte auch zwingendes Haftungsrecht als Eingriffsrecht und wollte sich konsequent über Art. 7 Abs. 2 EVÜ, in Deutschland Art. 34 EGBGB, Bahn brechen.³⁷⁶ Deren zweiter fragte dagegen nach dem Zugschnitt der Ausnahme vom europäischen Regime.³⁷⁷ Beide Ansätze gilt es auf eventuelle Änderungen durch das Inkrafttreten der Rom I-VO hin zu untersuchen.

2. Änderungen bei eingriffsrechtlicher Qualifikation?

a) Immanente Anwendung

102 Der erste Ansatz scheint insoweit immun zu sein. Denn wie bisher Artt. 7 Abs. 2 EVÜ; 34 EGBGB sperrt heute Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO der Sonderanknüpfung forumeigenen Eingriffsrechts den Weg frei. Indes enthält Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO nun eine ausdrückliche Umschreibung, was Eingriffsrecht ist. Daran fehlte es zuvor. Damit ist eines endgültig augenfällig geworden: Der europäische Begriff im Obersatz ist dem Zugriff des nationalen Gesetzgebers entzogen und insoweit für diesen aprioristisch.³⁷⁸ Dem nationalen Gesetzgeber steht allenfalls noch insoweit eine positivistische Entscheidung zu Gebote, als er die zur Subsumtion im Untersatz anstehenden Normen mit Gemeinwohlinteressen aufladen kann. Der nationale Gesetzgeber kann nur insoweit einen voluntativen Akt politischer Setzung³⁷⁹ vornehmen. Definitionshoheit über den Begriff der Eingriffsnorm hat er dagegen nicht.

³⁷⁶ CA Rouen, DMF 2005, 851, 854 („Hornsea“) m. krit. Anm. *Sana-Chaillé de Néré; Herber* (Fn. 161), S. 219, 220; *ders.*, SHR (Fn. 175), S. 409; *Reithmann/Martiny/van Dieken*, 5. Aufl. (Fn. 161), Rn. 1242; *Carbone*, RdC 340 (2009), 63, 157.

³⁷⁷ *Mankowski* (Fn. 7), S. 317-319; *ders.*, TranspR 1988, 410, 416; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 1578 sowie *Schultsz*, RabelsZ 47 (1983), 267, 276 f.; *Flessner* (Fn. 181), S. 26 und im Ergebnis, wenn auch mit gänzlich anderer Begründung, *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 406 sowie *Puttfarken* (Fn. 9), Rn. 308; vgl. auch (allerdings wohl nur für einen Sonderfall) CA Paris, DMF 2001, 308, 310 f. („World Apollo“) m. Anm. *Nicolas*.

³⁷⁸ *Mankowski*, ZEuP 2008, 846, 854. Dies übersieht *Thomas Pfeiffer*, IPRax 2006, 238, 241.

³⁷⁹ Vgl. *Thomas Pfeiffer*, FS Reinhold Geimer, 2002, S. 821, 836.

Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO zufolge ist eine international zwingende Bestimmung eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung als so entscheidend für die Wahrung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation eines Staates angesehen wird, dass ihre Anwendung auf alle Sachverhalte, die in ihren Anwendungsbereich fallen, vorgeschrieben ist, ungeachtet des nach Maßgabe der Rom I-VO auf den Vertrag anzuwendenden Rechts. Diese Definition hat man bewusst den EuGH-Entscheidungen Arblade und Mazzoleni³⁸⁰ entlehnt,³⁸¹ die sich ihrerseits wieder an eine von Savigny³⁸² inspirierte Definition *Francescakis*³⁸³ anlehnt.³⁸⁴ Die Arblade-Entscheidung hatte freilich zur Kernaussage, dass sich auch die Eingriffsnormen der Mitgliedstaaten einer primärrechtlichen Kontrolle stellen müssen.³⁸⁵ Sie befasste sich weniger mit der Definition von Eingriffsrecht als mit den gemeinschaftsrechtlichen Grenzen für Eingriffsrecht.³⁸⁶ Zudem dürfte es sich im konkreten Kontext im Zweifel nur um eine bloße Wiedergabe einer im belgischen Recht vorfindlichen Terminologie und nicht um einen eigenen Definitionsversuch des EuGH handeln.³⁸⁷ Dementsprechend sybillinisch und weitgehend substanzlos ist die dort gefundene Umschreibung.³⁸⁸ Die Dichotomie Ausgleich zwischen den Vertragsparteien/überindividuelle

³⁸⁰ EuGH 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 u. C-374/96, Slg. 1999, I-8453, I-8513 Rn. 31 – Strafverfahren gegen Jean-Claude Arblade, Arblade & fils SARL, Bernard u. Serge Leloup u. Sofrage SARL; EuGH 15.3.2001 – Rs. C-165/98, Slg. 2001, I-2189, I-2221 f. Rn. 22-26 – Strafverfahren gegen André Mazzoleni u. Inter Surveillance Assistance SARL.

³⁸¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), von der Kommission vorgelegt am 15.12.2005, KOM (2005) 650 endg., S. 8 Zu Art. 8.

³⁸² v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII, 1849, S. 36.

³⁸³ *Francescakis*, Rev. crit. dr. int. pr. 1966, 1; *ders.*, Trav. com. fr. dr. int. pr. 1966, 165; *ders.*, in: Rép. Dalloz Dr. int., 1968, Conflit de lois (principes généraux), no. 137.

³⁸⁴ *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2008, 528, 542; *Montfort*, Rev. Lamy dr. aff. N° 29, juillet/août 2008, S. 82; *d'Avout*, D. 2008, 2165, 2167; *Corneloup*, JCP G 2008 Doctr. 205 = JCP G 29 Octobre 2008 S. 21, 24.

³⁸⁵ EuGH 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 u. C-374/96, Slg. 1999, I-8453, I-8513 Rn. 31 – Strafverfahren gegen Jean-Claude Arblade, Arblade & fils SARL, Bernard u. Serge Leloup u. Sofrage SARL.

³⁸⁶ *Carsten Müller*, International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts, 2005, S. 22; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 147; *Wulf-Henning Roth*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 859, 866 f.

³⁸⁷ *Carsten Müller* (Fn. 386), S. 21 f.

³⁸⁸ *Mankowski*, IPRax 2006, 101, 109; vgl. auch *Wulf-Henning Roth*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 859, 867.

Interessen taucht in der Arblade-Entscheidung als solche bedauerlicherweise nirgends auf, obwohl sie sich ausgezeichnet in Gesetzesform gießen ließe.³⁸⁹ Die ordnungsrechtliche Funktion als Essentiale von Eingriffsrecht³⁹⁰ tritt nicht deutlich genug hervor. Die Umschreibung durch den EuGH lässt leider³⁹¹ zu viel Raum,³⁹² um auch „einfach“ zwingendes Vertragsrecht zu den Eingriffsnormen zu ziehen.³⁹³ Alle Schwächen der EuGH-Definition bleiben in Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO erhalten und werden nicht bei dieser passenden Gelegenheit ausgemerzt. Die Definition tendiert zu übergroßer Weite. Sie gewährleistet nicht, dass Rechtsanwender eine hinreichend scharfe Grenze gegenüber Normen ziehen, welche nur dem Ausgleich der individuellen Interessen zwischen den Vertragsparteien dienen. Sie verhindert nicht zuverlässig, dass man Verbraucher- oder Arbeitnehmerschutzrecht auch zum Eingriffsrecht schlagen könnte. Diese Grenze ist weiterhin offen.³⁹⁴ Die Schwelle für eine Qualifikation als Eingriffsnorm erhöht sich eben nicht.³⁹⁵ Auch die jetzt Gesetz gewordene Umschreibung wird nicht verhindern, dass sich ein Wille seinen Weg bahnt und etwa nationale Vorschriften über sous-traitance³⁹⁶ oder Verbraucherkreditrecht³⁹⁷ zu Eingriffsnormen erhebt.³⁹⁸ Neuer Streit besteht um die Qualifikation des

³⁸⁹ Siehe den ausformulierten Vorschlag von *Junker*, IPRax 2000, 65, 73.

³⁹⁰ Nachdrücklich z.B. *Anton K. Schnyder*, FS Tuğrul Ansay, Alphen aan den Rijn 2006, S. 389, 396 f.

³⁹¹ Andere Bewertung bei *Sonnenberger*, IPRax 2003, 104, 106.

³⁹² *Thorn*, FS Karsten Schmidt, 2008, S. 129, 134 f. sieht genau umgekehrt eine willkommene Einengung durch das Erfordernis eines wesentlich öffentlichen Zwecks.

³⁹³ *Mankowski*, IPRax 2006, 101, 109.

³⁹⁴ Ebenso *Pizzolante*, Riv. dir. int. priv. proc. 2006, 987, 996; *Wulf-Henning Roth*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 859, 867; *Da Silva*, D. 2010, 2339, 2341. Positiver und wahrscheinlich zu optimistisch *Heiss*, JBl 2006, 750, 762.

³⁹⁵ Entgegen *Delebecque*, Rev. dr. transp. Oct. 2010, S. 21.

³⁹⁶ Cass., ch. mixte, Bull. civ. 2007 Chambre mixte N°. 12 S. 30 für die Loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Dazu z.B. *Niggemann*, IPRax 2009, 444.

³⁹⁷ Cass., 1re civ., D. 2000, 765 m. Anm. *Mathias Audit* = Rev. crit. dr. int. pr. 89 (2000), 29, 30 m. Anm. *Lagarde*; Cass., 1re civ., Rev. crit. dr. int. pr. 96 (2007), 85 m. Anm. *Cocteau-Senn* = Clunet 134 (2007), 537 m. Anm. *Sinay-Cytermann* = D. 2006, 1597 m. Anm. *Avena-Robardet* (dazu *de Vareilles-Sommières*, D. 2006, 2464; *Mathias Audit*, D. 2006, 2798; *Mankowski*, ZEuP 2008); CA Colmar, D. 2002, 2932 m. Anm. *Franck*.

³⁹⁸ Vgl. aber auch Cass. com., D. 2010, 1863 m. Anm. *Delpech* = D. 2010, 2339 m. zust. Anm. *Da Silva* = JCP G 2010, 972 m. Anm. *Bureauld'Avout* = Rev. dr. transp. Oct. 2010, S. 20 m. zust. Anm. *Paulin* = Clunet 138 (2011), 91 m. zust. Anm. *Jault-Seseke* sowie *Marie-Élodie Ancel*, Dr. & patrimoine 198 (Déc. 2010), 112, 114 f.: Art. L 132-8 C. com.

europäisch induzierten Antidiskriminierungsrechts.³⁹⁹ Beim Handelsvertreterrecht stehen sich – zumal nach Ingmar⁴⁰⁰ – zwei Lager gegenüber, die eingriffsrechtliche Qualität befürworten⁴⁰¹ oder ablehnen.⁴⁰² Die Liste ließe sich beliebig fortsetzen und erweitern, z.B. um die immer neuen und an Zahl wachsenden deutschen Vergütungsregeln im Urheberrecht.⁴⁰³ Auch wird Art. 9 Rom I-VO als Hintertür für ungeschriebenes Richtlinienkollisionsrecht propagiert werden.⁴⁰⁴ Die Unterscheidung zwischen individuellen und überindividuellen Interessen ist eine funktionelle Unterscheidung. Ihr kann man nicht vorwerfen, sie rekurriere auf eine bestimmte nationale Vorstellungswelt.⁴⁰⁵ Für eine eher enge Auslegung und darauf aufbauend eine eher restriktive Anwendung streitet zudem die spätestens von Erwägungsgrund (37) S. 1 Rom I-VO hergestellte Nachbarschaft zum *ordre public*.⁴⁰⁶

(Direktzahlungsanspruch des Straßentransporteurs gegen den Empfänger) ist keine Eingriffsnorm.

³⁹⁹ Dazu *Schrader/Straube*, NZA 2007, 194; *Mansel*, FS Claus-Wilhelm Canaris, Bd. I, 2007, S. 809; *Junker*, NZA Beil. 2/2008, 59.

⁴⁰⁰ EuGH 9.11.2000 – Rs. C-381/98, Slg. 2000, I-9305, I-9332-I-9335 Rn. 14-26 – Ingmar GB Ltd./Eaton Leonard Technologies, Inc.

⁴⁰¹ *Norbert Reich*, EuZW 2001, 51, 52; *Thume*, RIW 4/2001, I; *Jayme*, IPRax 2001, 190 f.; *Raynard*, JCP, éd. E, 2001 supp. n° 2 S. 12, 18; *Idot*, Rev.cr.dr.int.pr. 90 (2001), 112, 119 f.; *van Hoek*, SEW 2001, 195, 196; *Nemeth/Rudisch*, ZfRVgl 2001, 179, 181, 182; *Höller*, RdW 2001, 396, 398; *Ansgar Staudinger*, NJW 2001, 1974, 1975 f.; *Jacquet*, Rev. trim. dr. comm. 2001, 1067, 1069 f. sowie *Font i Segura*, Eur. L. Forum 3-2000/01, 179, 181; *ders.*, Rev. der. com. eur. 9 (2001), 259, 275 f.; *Adobati/Giangrossi*, Dir. comm. int. 2001, 725, 731; *Fetsch*, Eingriffsnormen und EG-Vertrag, 2002, S. 314; *Emde*, MDR 2002, 190, 197; siehe auch schon *Ferry*, Clunet 120 (1993), 299.

⁴⁰² *Freitag*, EWiR § 89 b HGB 4/2000, 1061, 1062; *Michaels/Kamann*, EWS 2001, 301, 304 f., 307, 309; *Simon Schwarz*, ZVglRWiss 101 (2002), 45; *Pataut*, in: *Angelika Fuchs/Muir Watt/Pataut* (dir.), Les conflits de lois et le système juridique communautaire, Paris 2004, S. 117, 121 f.; außerdem *Ofner*, ecollex 2001, 715, 716; *Wulf-Henning Roth*, (2002) 39 C.M.L.Rev. 369, 379 sowie *Verhagen*, (2002) 51 ICLQ 135, 141 f.

⁴⁰³ Dazu z.B. *Nordemann-Schiffel*, FS Wilhelm Nordemann, 2004, S. 479; *Schack*, FS Andreas Heldrich, 2005, S. 997; *ders.*, in: *Basedow/Drexl/Kur/Metzger* (eds.), Intellectual Property in the Conflict of Laws, 2005, S. 107; *Pütz*, Parteiautonomie im internationalen Urhebervertragsrecht, 2005; *Farokhmanesh*, Der Schutz des Urhebers im internationalen Vertragsrecht, 2007; *Wille*, GRUR Int. 2008, 389.

⁴⁰⁴ *Jochen Hoffmann/Primaczenko*, IPRax 2007, 173, 178 f.

⁴⁰⁵ So aber *Rammeloo*, NIPR 2006, 239, 249.

⁴⁰⁶ Ähnlich *Wulf-Henning Roth*, FS Gunther Kühne, 2009, S. 859, 868.

104 Inhaltlich haben sich die Maßstäbe für Eingriffsrechte damit jedenfalls nicht wesentlich verschoben:⁴⁰⁷ Was unter dem EVÜ als Eingriffsrecht zu qualifizieren war, ist auch unter der Rom I-VO als Eingriffsrecht zu qualifizieren. Was unter dem EVÜ kein Eingriffsrecht war, ist auch unter der Rom I-VO im Prinzip⁴⁰⁸ kein Eingriffsrecht. Wer Art. 6 EGHGB und das deutsche zwingende Konnossementshaftungsrecht unter dem EVÜ als Eingriffsrecht einordnete,⁴⁰⁹ kann es also auch unter der Rom I-VO weiterhin als Eingriffsrecht einordnen. Eine Änderung hat sich nicht ergeben.

b) Kritik an den Grundlagen einer eingriffsrechtlichen Sonderanknüpfung von Konnossementshaftungsrecht

105 Indes gibt es unter der Rom I-VO keine bessere Rechtfertigung für eine eingriffsrechtliche Qualifikation des Art. 6 EGHGB und des deutschen zwingenden Konnossementshaftungsrechts als zuvor unter dem EVÜ. Eingriffsrecht dient nicht dem Ausgleich zwischen den individuellen Interessen der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Privaten. Eingriffsrecht dient vielmehr der Durchsetzung überindividueller staatlicher Interessen insbesondere staats-, wirtschafts- oder sozialpolitischer Natur.⁴¹⁰ Es wirkt exogen und überwölbend auf das betroffene Rechtsverhältnis ein. Es dient nicht dem inneren Ausbalancieren des Synallagmas und ist eben nicht ordnungsneutral.⁴¹¹ Ihm geht es um öffentliche Güter, für deren Herstellung oder

⁴⁰⁷ Siehe *Mankowski*, IHR 2008, 133, 147; *Garcimartín Alférez*, EuLF 2008, I-61, I-76 f. no. 75; *Leible/Matthias Lehmann*, RIW 2008, 528, 542; *Clausnitzer/Woopen*, BB 2008, 1798, 1805; *d'Avout*, D. 2008, 2165, 2167.

⁴⁰⁸ Zur Kritik an der zu großen Offenheit des Arblade-Ansatzes *Mankowski*, IHR 2008, 133, 147.

⁴⁰⁹ Nachweise oben Fn. 376.

⁴¹⁰ Siehe nur BAGE 63, 17, 34; BAGE 71, 297, 316-318; BAGE 80, 84, 90; BAGE 100, 130, 139; BAG AP Nr. 261 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau Bl. 4; OGH, IPRax 1994, 377, 378; OGH, SZ 2006/41; OGH, JBl 2010, 707, 708; Hessisches LAG, IPRax 2001, 461, 467 = AR-Blattei ES 920 Nr. 7 S. 10 m. Anm. *Mankowski* (März 2001); Pres. Rb. Leeuwarden, NIPR 2001 Nr. 216 S. 371 Nr. 4.8; *Anderegg*, Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht, 1989, S. 90 f.; *Voser*, Die Theorie der lois d'application immédiate im internationalen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 51-54; *Mankowski*, DWiR 1996, 273, 274 mwN; *ders.*, RIW 1998, 287, 289; *ders.*, in: *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 91; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 34 EGBGB Rn. 68.

Als zu eng erachtet allerdings von *Wulf-Henning Roth*, FS Ulrich Immenga, 2004, S. 331, 341 f.

⁴¹¹ Siehe nur *Neumayer*, BerDGesVR 2 (1958), 35, 47; *Klaus Peter Berger*, ZvgIRWiss 96 (1997), 316, 317 f.

Schutz der Markt keine hinreichenden Anreize bietet, und um eine Steuerung dahingehend, dass trotz fehlenden Eigennutzes die Parteien das Allgemeininteresse beachten.⁴¹² Eingriffsnormen setzen in der Abwägung höherstehende Gemeinschaftswerte durch.⁴¹³ In Eingriffsnormen manifestiert sich daher das Staatsinteresse. Sie sind Ausdruck eines spezifischen staatlichen Durchsetzungswillens. Sie dienen gleichsam dem Schutz einer Gesellschaft oder Gesellschaftsordnung gegen die Willkür der Individuen.⁴¹⁴ Sie sind Schutzwall der Wirtschafts- und Sozialordnung ihres Erlassstaates.⁴¹⁵ Sie sind Verkörperungen eines speziellen *ordre public*,⁴¹⁶ gleichsam eines *ordre public économique et social international*.⁴¹⁷ Sie sind notwendiges Mittel des Nationalstaates, um den residualen Einfluss der nationalen Politik in einer zunehmend globalisierten Wirtschaft zu erhalten.⁴¹⁸ Eingriffsrecht ist Maßnahmerecht, weil es zielgerichtet als normatives Gestaltungsmittel eingesetzt wird, um aus der Sicht des Erlassstaates als Korrektiv Fehlleistungen zu verhindern, die sich bei einer nicht dem jeweiligen Gemeinwohl verpflichteten Selbstbestimmung der Privatrechtssubjekte einstellen würden.⁴¹⁹ Der Staat setzt sich durch ohne Rücksicht auf und notfalls auch gegen den Willen der privaten Beteiligten. Er ergreift gezielte Lenkungsmaßnahmen in seinem als vorrangig und unwiderruflich bewerteten⁴²⁰ öffentlichen Interesse.⁴²¹

⁴¹² Behrens, FS 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, S. 381, 385; Mankowski, in: v. Bar/Mankowski (Fn. 410), § 4 Rn. 91.

⁴¹³ Font i Segura, Rev. der. com. eur. 9 (2001), 259, 262.

⁴¹⁴ Siehe nur Neumayer, BerDGesVR 2 (1958), 35, 47.

⁴¹⁵ Francescakis, Rev. crit. dr. int. pr. 55 (1966), 1; ders., Rép. Dalloz, Dr. int., Conflit de lois, no. 137 (1968); Dolinger, Rec. des Cours 283 (2000), 187, 305.

⁴¹⁶ Sperduti, Rev. crit. dr. int. pr. 66 (1977), 257, 260; Starp, Die Börsentermingeschäfte an Auslandsbörsen, 1985, S. 217; Ferid, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 1986, Rn. 6-81; Junker, IPRax 1989, 69, 75; ders., Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 1992, S. 315 f.; Bülow, EuZW 1993, 435, 436; Sandrock, FS Ottoarndt Glossner, 1994, S. 281, 293 f.; Anton K. Schnyder, RabelsZ 59 (1995), 293, 301; Michael Becker, RabelsZ 60 (1996), 691, 703 f.; Dolinger, Rec. des Cours 283 (2000), 187, 307-316; Mankowski, ZZP 114 (2001), 37, 55.

⁴¹⁷ Vgl. Trib. comm. Mons Rev. dr. comm. belge 2001, 617, 619 f.

⁴¹⁸ Vgl. nur Basedow, FS Hans Stoll, 2001, S. 405, 413; Marchand, Clunet 138 (2011), 99, 105.

⁴¹⁹ Anton K. Schnyder, BerDGesVR 37 (1998), 73, 89 f.

⁴²⁰ Font i Segura, Rev. der. com. eur. 9 (2001), 259, 262.

⁴²¹ OGH, IPRax 1992, 47, 48 = JBl 1992, 189 m. Anm. Schwimann; OGH, IPRax 1994, 377, 378 (dazu Ehrlicke, IPRax 1994, 382).

106 Schon unter dem EVÜ konnte man eine eingriffsrechtliche Qualifikation kaum vertreten, wenn man den Kriterien für eine eingriffsrechtliche Qualifikation ernsthaft näher trat:⁴²² Konnossementshaftungsrecht bezweckt einen fairen und angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Parteien des Konnossementsverhältnisses. Es stellt eine zwingende Mindesthaftung auf, damit die Interessen der Ladungsseite nicht missachtet werden. Es vermittelt Anreize zu einer angemessenen Reaktion auf vertragliche Haftung. Dagegen verfolgt Konnossementshaftungsrecht keine marktsteuernden Ansätze auf einer makroökonomischen Ebene oder übergeordnete politische Interessen.⁴²³ Wenn man Eingriffsrecht auch unter Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO nicht ausufern lassen will, sollte man sich weiter an diesen Maßstäben orientieren und keine übergroße Ausweitung erlauben. Privatrecht, das Interessenausgleich bezweckt, sollte weiterhin keine eingriffsrechtliche Qualität erhalten. Dabei sollte es auch beim Konnossementshaftungsrecht bleiben.⁴²⁴ Das „normale“ kollisionsrechtliche System wahrt so seine Integrität und wird nicht stärker durch exogene, Vorrang heischende Sonderanknüpfungen überlagert als notwendig und unausweichlich.⁴²⁵ Eingriffsnormen drängen sich über das normale Anknüpfungssystem hinweg und stehen diesem in der Wirkungsweise diametral entgegen; schon deswegen sollte man den Bereich, in dem sie sich durchsetzen können, klein halten.⁴²⁶ Die Kohärenz des Gesamtsystems verlangt nach einer engen Einhegung des eingriffsrechtli-

⁴²² Zusammenfassend *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2926 mwN; außerdem *Mankowski* (Fn. 7), S. 317-319; *ders.*, *TranspR* 2008, 417, 426 f.; *Sana-Chaillé de Néré*, *Liber amicorum Jean-Pierre Beurier et Yves Tassel - Ann. dr. mar. océan. XXVI* (2008), 505, 515 f.; *dies.*, *DMF* 2005, 857, 862 f.; *dies.*, *DMF* 2009, 37, 40 f.; *Rémery*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Bonassies*, 2001, S. 277, 283 f.; *ders.*, *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, S. 601, 613 f.; *Bonassies/Delebecque*, *DMF* 2009 Hors série n°. 13 S. 10 f.; *Paschke*, *TranspR* 2010, 268, 271.

⁴²³ *Mankowski*, *TranspR* 2008, 417, 426 f.; *Paschke*, *TranspR* 2010, 268, 271; vgl. auch *Sana-Chaillé de Néré*, *Liber amicorum Jean-Pierre Beurier et Yves Tassel - Ann. dr. mar. océan. XXVI* (2008), 505, 515 f.; *dies.*, *DMF* 2005, 857, 862 f.; *dies.*, *DMF* 2009, 37, 40 f.

⁴²⁴ *Mankowski*, *TranspR* 2008, 417, 426 f.; *Paschke*, *TranspR* 2010, 268, 271; vgl. auch *Sana-Chaillé de Néré*, *DMF* 2005, 857, 863; *dies.*, *Liber amicorum Jean-Pierre Beurier et Yves Tassel - Ann. dr. mar. océan. XXVI* (2008), 505, 514 f.; *dies.*, *DMF* 2009, 37, 40 f.

⁴²⁵ Siehe nur *Looschelders* (Fn. 324), Art. 34 EGBGB Rn. 13; *Ansgar Staudinger*, in: *Handkommentar zum BGB*, 6. Aufl. 2010, Art. 34 EGBGB Rn. 3.

⁴²⁶ *Freitag*, in: *Leible* (Hrsg.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*. 2004, S. 167, 172.

chen Bereichs.⁴²⁷ Je mehr man Privatrecht unter die Sonderanknüpfung zöge, desto mehr hätten es die Staaten in der Hand, eine lex fori-Anknüpfung zu etablieren, und desto mehr würde man die normale Anknüpfung unterminieren.⁴²⁸ Die Schärfe der Rechtsfolgen einer Sonderanknüpfung (Verdrängung des Vertragsstatuts und Ersetzung durch Normen eines anderen Rechts) verlangt vielmehr nach einer Rechtfertigung durch besonders gewichtige Schutzgüter.⁴²⁹ In einer liberalen Privatrechtsordnung ist im Zweifel ohne deutlichen ordnungspolitischen Gehalt kein Eingriff gewollt.⁴³⁰ Sonderanknüpfung von Eingriffsrecht und besondere Anknüpfung von Privatrecht über einseitige Kollisionsnormen ist deutlich zu unterscheiden.⁴³¹ Letztere ist neben der Rom I-VO (und war für Altkollisionsnormen schon neben dem EVÜ) nicht mehr zulässig,⁴³² da die Rom I-VO einseitigen Kollisionsnormen des nationalen IPR derogiert und deren Anwendung ausschließt.⁴³³ Mit der Einordnung der einseitigen Anknüpfungsnormen für die nationalen Gesetze über die Verfrachterhaftung als „einfache“ einseitige Kollisionsnormen⁴³⁴ fällt damit eine eingriffsrechtliche Sonderanknüpfung in sich zusammen⁴³⁵ und vermag nur noch ein staatsvertraglicher Hintergrund solche Normen zu retten. Dass historisch (neben anderem) gerade die konnossementshaftungsrechtliche Alnati-Entscheidung des Hoge Raad⁴³⁶ einen wichtigen gedanklichen Anstoß zu Art. 7 EVÜ vermittelte,⁴³⁷ ändert nichts. Denn sie ging von nationalem Konnossementshaf-

⁴²⁷ *Beulker*, Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren, 2007, S. 43 f.

⁴²⁸ *Freitag* (Fn. 426), S. 167, 178 f.; *Reithmann/Martiny/Freitag* (Fn. 134), Rn. 514.

⁴²⁹ *Martiny*, FS Andreas Heldrich, 2005, S. 907, 916; *Mankowski*, ZEuP 2008, 846, 859.

⁴³⁰ *Thomas Pfeiffer*, IPRax 2006, 238, 241; *Mankowski*, ZEuP 2008, 846, 859; *Berlioz*, Rev. jur. comm. 201, 541, 558.

⁴³¹ Eingehend *Mankowski*, IPRax 1995, 230.

⁴³² Siehe zum EVÜ BAGE 63, 17, 33 f.; *Mankowski*, RabelsZ 53 (1989), 487, 511; *dens.* (Fn. 7), S. 505-507 mwN.

⁴³³ Siehe *Mankowski*, RIW 2011, 30, 35.

⁴³⁴ So mit Recht *Lagarde*, Droit international privé, in: Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, Paris 1990, S. 29; Rapport *Rémery*, Rev. crit. dr. int. pr. 88 (1999), 300.

⁴³⁵ Konsequent *Rémery*, Mélanges en l'honneur de Pierre Bonassies, 2001, S. 277, 283 f.; *ders.*, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon, 2008, S. 601, 613 f.; *Bonassies/Delebecque*, DMF 2009 Hors série n°. 13 S. 10 f.; MünchKomm/*Martiny* (Fn. 165), Art. 5 Rom I-VO Rn. 107.

⁴³⁶ Hoge Raad, Ned. Jur. 1967 Nr. 3 S. 20 f.

⁴³⁷ Siehe Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABl. EWG 1980 C 282 Art. 7 EVÜ Bem. (1).

tungsrecht aus, dessen Bi- oder Multilateralisierung richtigerweise durch die Anwendungsnormen der internationalen Übereinkommen erfolgt.⁴³⁸

- 107** Bisher gibt es leider aus keinem Mitgliedstaat eine höchstrichterliche Richtschnur, auf welche Seite das Konnossementshaftungsrecht fällt.⁴³⁹ Zwar hat die Cour de Cassation französisches Schiffssicherheitsrecht als Eingriffsnorm qualifiziert.⁴⁴⁰ Aber Schiffssicherheitsrecht ist ein anderes Gebiet, und dessen eingriffsrechtliche Einordnung ist sachlich weit eher gerechtfertigt.⁴⁴¹ Zwar hat wiederum die Cour de Cassation jüngst in seerechtlichem Kontext eine fremde Eingriffsnorm sonderangeknüpft. Aber dabei handelte es sich um eine Embargonorm, deren eingriffsrechtliche Qualifikation völlig außer Zweifel steht.⁴⁴²

3. Änderungen bei Ansatz über bisher Art. 1 Abs. 2 lit. c EVÜ, jetzt Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO?

- 108** Der zweite Ansatz setzte bei der Vorrangklausel des europäischen Aktes für völkerrechtliche Alt-Verpflichtungen der Mitgliedstaaten an. Eine solche Vorrangklausel enthielt Art. 21 EVÜ, und Art. 25 Abs. 1 Rom I-VO schreibt sie getreulich fort. Für den zweiten Ansatz ändert sich also an dieser entscheidenden Stelle nichts. Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO aber kann ihm allenfalls zupass kommen, abhängig davon, wie weit oder eng man zuvor Art. 1 Abs. 2 lit. c EVÜ ausgelegt hatte und ob man dem Art. 1 Abs. 2 lit. c EVÜ Konnossemente hatte unterfallen lassen oder nicht.⁴⁴³ Aus deutscher Sicht war Art. 37 Nr. 1 Var. 3 EGBGB maßgeblich und erstreckte sich sachlich auf Inhaber- und Orderkonnossemente, soweit die weitere Voraussetzung („Verpflichtung aus der Handelbarkeit“) gegeben war. Ob darunter auch das Konnossementshaftungsrecht fiel, wurde unterschiedlich

⁴³⁸ *Mankowski* (Fn. 7), S. 319.

⁴³⁹ Die höchstrangige Entscheidung für eine eingriffsrechtliche Qualifikation des forum-eigenen Konnossementshaftungsrechts unter dem EVÜ scheint CA Rouen, DMF 2005, 851, 854 („Hornsea“) zu sein. Sie hat jedoch nur obergerichtlichen, aber keinen höchstrichterlichen Rang.

⁴⁴⁰ Cass. com., DMF 2004, 723, 724 f.

⁴⁴¹ Ablehnend sogar dort *Macarelli*, DMF 2004, 725, 727-732.

⁴⁴² Cass. com., DMF 2010, 389, 398 f. = D. 2010, 824 = Clunet 138 (2011), 98; Rapport *Patocki*, DMF 2010, 393; *Sana-Chaillé de Néré*, DMF 2010, 367; *Delebecque*, Dir. mar. 112 (2010), 227; *ders.*, Rev. trim. dr. comm. 2010, 455, 457 f.; *Marchand*, Clunet 138 (2011), 99, 106 f.

Vgl. auch Cass. com., DMF 2010, 714 m. Anm. *Sana-Chaillé de Néré*; *Deumier*, Rev. contrats 2010, 1385.

⁴⁴³ Ähnlich *Paschke*, TranspR 2010, 268, 271.

beurteilt. Bei engem Verständnis jener weiteren Voraussetzung lief es Gefahr, nicht erfasst zu sein. Wenn man letztlich alle spezifisch verbrieften und mit dem Wertpapier übertragbaren Ansprüche ausnahm, war das Konnossementshaftungsrecht darüber ausgenommen.⁴⁴⁴ Dies galt umso mehr, wenn man Artt. 1 Abs. 2 lit. c EVÜ; 37 Nr. 1 EGBGB als zumindest eine seiner rationes unterlegte, indirekte Konventionskonflikte mit Einheitsrecht und dessen nationalen Umsetzungen vermeiden zu wollen.⁴⁴⁵ Insoweit zollte das europäische IPR-Regime Respekt vor der Sachrechtsvereinheitlichung und deren eigenen Anwendungsvoraussetzungen.

Nun wird der Kreis erfasster Konnossemente erweitert. Die Rekta- oder Namenskonnossemente treten hinzu.⁴⁴⁶ An der weiteren Voraussetzung aber ändert sich nichts.⁴⁴⁷ Man kann also die bisher vertretenen Unteransätze mit Blick auf das Konnossementshaftungsrecht fortschreiben, soweit es für sie auf die Ausnahme ankam.⁴⁴⁸ **109**

4. Bedeutung der Vorrangklausel zu Gunsten völkerrechtlicher Abkommen der Mitgliedstaaten

Freilich ist damit die Reise richtigerweise noch nicht beendet. Denn ein dritter Spieler sitzt mit am Tisch. Man darf nämlich die Vorrangklausel zu Gunsten völkerrechtlicher Abkommen der Mitgliedstaaten nicht außer Acht lassen, gleich welchem Ansatz man sonst folgt. Diese Vorrangklausel fand sich bisher in Artt. 21 EVÜ; 3 Abs. 2 EGBGB und zukünftig in Art. 25 Abs. 1 Rom I-VO. Ihr würde die Folgefrage entsprechen, in welchem Umfang Art. 6 EGHGB auf Völkervertragsrecht beruhte.⁴⁴⁹ Soweit Art. 6 EGHGB auf Völkervertragsrecht zurückging und völkerrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepublik berücksichtigen wollte, ginge er jedenfalls vor. Dies würde aber nur die Umsetzung für die Haager Regeln betreffen.⁴⁵⁰ Die deutsche Umsetzung der Visby-Regeln würde es dagegen nicht decken, denn insoweit besteht mangels (bundes⁴⁵¹-)deutscher Ratifizierung gerade **110**

⁴⁴⁴ Mankowski (Fn. 7), S. 317.

⁴⁴⁵ Oben D I mwN.

⁴⁴⁶ Oben D II.

⁴⁴⁷ Oben D III.

⁴⁴⁸ Ähnlich wohl jurisPK/Ringe (Fn. 199), Art. 5 Rom I-VO Rn. 34.

⁴⁴⁹ Olaf Hartenstein, TranspR 2008, 143, 160.

⁴⁵⁰ Olaf Hartenstein, TranspR 2008, 143, 160; Paschke, TranspR 2010, 268, 270.

⁴⁵¹ Die DDR hatte die Visby Rules ratifiziert. Dies hat das vereinigte Deutschland nie gegenüber den anderen Vertragsstaaten widerrufen. Bei richtiger Betrachtung galten und gelten die Visby Rules daher territorial beschränkt für das ehemalige Gebiet der DDR fort

keine völkerrechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik.⁴⁵² Wie steht dies nun zu den beiden skizzierten Ansätzen?

a) Bedeutung bei eingriffsrechtlicher Qualifikation

- 111** Der erste, eingriffsrechtlich qualifizierende muss sich eigentlich nach der Reichweite der Vorrangklausel richten. Denn die Vorrangklausel gewährt Vorrang vor der Rom I-VO schlechthin und damit vor jeder einzelnen Vorschrift der Rom I-VO. Welche Vorschrift der Rom I-VO zur Anwendung käme, wird hypothetisch, soweit die ganze Rom I-VO weicht. Wer im Prinzip eingriffsrechtlich qualifiziert, sollte daher der deutsche Umsetzung der Haager Regeln über Art. 25 Abs. 1 Rom I-VO Vorfahrt gewähren und nur die deutsche Umsetzung der Visby-Regeln über Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO durchsetzen, wenn er konsequent sein will. Entsprechend differenziert muss man für Gerichtsstandsklauseln mit Blick auf Art. 23 EuGVVO; 17 EuGVÜ/LugÜ eh über Artt. 71 Abs. 1 EuGVVO; 57 Abs. 1 EuGVÜ/LugÜ verfahren, da weder die EuGVVO eine Ausnahme für Konnossemente kennt noch das EuGVÜ/LugÜ.⁴⁵³

b) Keine Bedeutung bei Ansatz über bisher Art. 1 Abs. 2 lit. c EVÜ, jetzt Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO

- 112** Der zweite Ansatz aber gelangt gar nicht bis zur Vorrangklausel, soweit er bejaht, dass eine Ausnahme nach Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO einschlägig ist. Denn die Vorrangklausel wird nur dann relevant, wenn die Rom I-

(*Mankowski* [Fn. 7], S. 362-370 mwN). Dieser Ansatz hat sich allerdings nicht durchzusetzen vermocht; siehe BSG SozR 3-8100 Art. 12 Nr. 5; LSG Brandenburg 15.5.2001 – L 2 RA 34/00 (zitiert nach *Kraft/Hagge*, VersR 2002, 1353, 1354); *Herber*, BB 1990 Beil. 37 S. 1, 3 f.; *ders.*, TranspR 1990, 253, 260 f., 262; *ders.*, TranspR 1991, 1, 4 f.; *ders.*, An. der. mar. IX (1991), 303, 305; *ders.*, Das Recht im vereinigten Deutschland, Roma 1992, S. 15 f.; *Cristof Böhmer*, in: *Jayme/Furtak* (Hrsg.), Der Weg zur deutschen Rechtsseinheit, 1991, S. 37, 40; *ders.*, StAZ 1991, 62 f.; *Magnus*, JuS 1992, 456, 459; *ders.*, ZEuP 1993, 79, 93; *Herber/Kienzle*, Dir. mar. 94 (1992), 381, 391; *Looks*, in: European Law – Recent Developments in Maritime Claims, Conference in London December 18/19, 1991, S. 11, 14 sowie *Mansel*, JR 1990, 441, 444; *ders.*, DtZ 1991, 124, 125; *Dieter Müller*, in: *Jayme/Furtak* (Hrsg.), Der Weg zur deutschen Rechtsseinheit, 1991, S. 43, 45; *Reinhart*, ebd., S. 83, 87; *Heldrich/Eidenmüller*, JBl 1991, 273, 276; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 380; *Kraft/Hagge*, VersR 2002, 1353 f.; v. *Ziegler*, Haftungsgrundlage im internationalen Seefrachtrecht, Zürich/Baden-Baden 2002, Rn. 98.

⁴⁵² *Olaf Hartenstein*, TranspR 2008, 143, 160; *Paschke*, TranspR 2010, 268, 270.

⁴⁵³ Näher *Mankowski* (Fn. 7), S. 288-292; außerdem *Herber*, SHR (Fn. 175), S. 437; *Rauscher/Mankowski* (Fn. 7), Art. 23 Brüssel I-VO Rn. 12b.

VO prinzipiell anwendbar wäre. Die Vorrangklausel will eine echte Normenkollision zwischen der Rom I-VO und einem Abkommen auflösen. Zu einer solchen Normenkollision kommt es aber gar nicht, wenn die Rom I-VO aus sich selbst heraus keine Anwendung heischt. Dann prallen nicht zwei Regimes aufeinander, die im Prinzip gleichermaßen anwendbar sein wollen. Vielmehr will dann nur ein Regime anwendbar sein. Wenn die Rom I-VO sachlich nicht anwendbar ist, besteht kein Konflikt, welchen die Vorrangklausel lösen müsste, ja überhaupt lösen könnte.

Für den zweiten Ansatz wird die Vorrangklausel daher im hiesigen Kontext nur relevant, soweit keine Ausnahme nach Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO einschlägig ist. Soweit Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO einschlägig ist, entzieht sich dagegen die Rom I-VO der Anwendung, und nur das konnossementsrechtliche Regime steht auf der Planche. Eine Differenzierung je nachdem, ob die deutsche Fassung der Haager oder jene der Visby-Regeln konkret anwendbar wäre, ist dabei nicht nötig. Soweit Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom I-VO aber nicht einschlägig ist, wäre die Rom I-VO prinzipiell anwendbar, und das konnossementsrechtliche Regime kann sich nur über die Vorrangklausel durchsetzen und dies wiederum nur, soweit ein Konflikt der Rom I-VO mit völkerrechtlichen Pflichten besteht, also soweit es um die deutsche Fassung der Haager Regeln geht. **113**

E. Bestimmung des anwendbaren Rechts für Personenförderungsverträge unter Art. 5 Rom I-VO

Personenbeförderung zur See kommt heute im Prinzip nur noch als Massengeschäft vor und kennt zwei Spielarten:⁴⁵⁴ erstens die Beförderung mit Fähren, namentlich in der Ostsee im Skandinavienverkehr und im Mittelmeer, insbesondere zwischen Italien und Griechenland oder zu Inseln; zweitens Kreuzfahrten. Bei Kreuzfahrten gibt es die Variation der individuellen Reise auf Frachtschiffen.⁴⁵⁵ Schon die Wahl der Zwischenhäfen kann die Qualität der Reise wesentlich mitbestimmen.⁴⁵⁶ **114**

⁴⁵⁴ Deutlich *Christoph Hasche*, TranspR 2010, 282.

⁴⁵⁵ Zu dieser insbesondere EuGH 7.12.2010 – Rs. C-585/08 u. C-144/09, NJW 2011, 505 = TranspR 2011, 35 Rn. 35-46 – Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG u. Hotel Alpenhof GmbH/Oliver Heller; *Mankowski*, TranspR 2011, 70; *Keiler/Binder*, RRA 2009, 210; *Leandro*, Guida dir. 2011 n°. 2 S. 111 und die Vorlage des OGH EuLF 2009, II-47 = Zak 2009/306 m. Anm. *Nemeth*.

⁴⁵⁶ AG Hamburg-Altona, RRA 2006, 221, 222.

I. Personenbeförderungsvertrag

- 115** Ein Personenbeförderungsvertrag ist ein Vertrag, in dem sich eine Vertragspartei der anderen gegenüber zur physischen Verbringung natürlicher Personen von einem Ort an einen anderen Ort verpflichtet. Die Beförderung des Gepäcks von Reisenden zusammen mit den Reisenden oder zumindest auf demselben Vertrag ist nicht prägende Nebenleistung zur Personenbeförderung. Dasselbe gilt für die Beförderung mitreisender Tiere, etwa des geliebten Schoßhundes auf der Kreuzfahrt oder des Familienhundes auf der Fährüberfahrt. Sofern über die Beförderung eines Tieres ein eigenständiger Vertrag abgeschlossen wird, handelt es sich dabei um einen Güterbeförderungsvertrag.
- 116** Ein Reisebüro verpflichtet sich in aller Regel nicht selber zur Beförderung, sondern vermittelt nur Reiseleistungen. Der Vertrag zwischen Kunden und Reisebüro ist dann im Kern ein Reisevermittlungsvertrag und damit ein Vertrag über Dienstleistungen. Diese Dienstleistungen sind keine Transportdienstleistungen.

II. Objektive Anknüpfung für Personenbeförderungsverträge in Art. 5 Abs. 2 UA 1 S. 1 Rom I-VO

1. Kombinierte Anknüpfung rund um eine Schutzperson in Art. 5 Abs. 2 UA 1 S. 1 Rom I-VO

- 117** Für Personenbeförderungsverträge orientiert sich Art. 5 Abs. 2 UA 1 S. 1 Rom I-VO am kombinierten Anknüpfungsmodell der Güterbeförderungsverträge, verändert dieses aber gerade im zentralen Punkt: Er kombiniert den gewöhnlichen Aufenthalt der zu befördernden Person zum einen mit dem Ausgangs- oder dem Endpunkt der Beförderung zum anderen. Voraussetzungskumulation und zusätzliche, sekundäre Momente sind Art. 4 Abs. 4 S. 1 EVÜ und Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO abgesehen. Das Grundmodell einer kombinierten Anknüpfung und eines grouping of contacts kehrt wieder. Die verwendete Terminologie stimmt allerdings nicht überein: In Abs. 1 ist von „Übernahmeort“ und „Ablieferungsort“ die Rede, in Abs. 2 von „Ausgangsort“ und „Bestimmungsort“. Die terminologische Divergenz ist keine Besonderheit der deutschen Fassung, sondern zieht sich durch alle Sprachfassungen. Die gebotene Vereinheitlichung der Terminologie sollte indes dazu veranlassen, von den in Abs. 2 UA 1 verwendeten Begriffen auszugehen und diese gedanklich in Abs. 1 zu übernehmen.
- 118** Zentraler, notwendiger Muss-Anknüpfungspunkt ist der gewöhnliche Aufenthalt *der zu befördernden Person*. Man rückt damit vom Prinzip der charakteristischen Leistung ab. Nicht mehr derjenige, welcher die charakte-

ristische Leistung erbringt (das wäre bei der Personenbeförderung unbestreitbar der Beförderer), rückt in den Mittelpunkt, sondern die andere Partei.⁴⁵⁷ Schutzgedanken zu Gunsten typischerweise schwächerer Parteien gewinnen hier die Oberhand. Insoweit steht Art. 5 Abs. 2 UA 1 Rom I-VO in engem Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO, der Anknüpfungsnorm für Verbraucherverträge. Andererseits bewirkt die Erforderlichkeit eines grouping of contacts eine gewisse Kontrolle.⁴⁵⁸

2. Vertragliche Bestimmung des Reisenden

Wer „Reisender“ ist, bestimmt sich nach dem Vertrag. „Reisender“ ist **119** nicht die real, aktuell zu befördernde Person, sondern die vertragliche Gegenpartei des Beförderers.⁴⁵⁹ Die aktuell zu befördernde Person muss nicht Partei des Beförderungsvertrages sein.⁴⁶⁰ Wenn Vertragspartei gar nicht der Reisende als solcher, sondern jemand anderes ist, würde man prinzipwidrig auf ein Merkmal einer Nicht-Vertragspartei abheben, wenn man die zu befördernde Person gleichsam naturalistisch verstünde und tatsächlich immer auf den aktuell Reisenden als solche abstellte.⁴⁶¹

Geschäftsreisende reisen auf Unternehmenskosten. Das anstellende Unternehmen, der Arbeitgeber, kann Partei des Beförderungsvertrages sein.⁴⁶² Dies ist insbesondere bei Rahmenvereinbarungen zwischen Unternehmen und Beförderern der Fall. Man denke nur an das Großkundenabonnement und ähnliche Gestaltungen. Außerdem können Reisende eingeladen sein und „auf dem Ticket“ eines einladenden Unternehmens reisen.⁴⁶³ **120**

Geschäftsreisende und Angehörige von Institutionen werfen ein weiteres Wertungsproblem auf. Hinter der zentralen Anknüpfung an den Wohnsitz des Passagiers dürfte der Wunsch nach Verbraucherschutz stecken. Verbraucherschutz steht bei Geschäftsreisenden zumindest dann nicht in Rede, wenn bereits der Arbeitsgeber nach außen Partei des Beförderungs- **121**

⁴⁵⁷ *Tonolo*, Riv. dir. int. priv. proc. 2009, 309, 321.

⁴⁵⁸ *Contaldi*, in: *Boschiero* (a cura di), La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I), 2009, S. 359, 377.

⁴⁵⁹ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 348; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2628.

⁴⁶⁰ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2626.

⁴⁶¹ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 348.

⁴⁶² *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 348; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2627; *Claudia Rudolf*, ÖJZ 2011, 149, 154.

⁴⁶³ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 348.

vertrages ist.⁴⁶⁴ Im Übrigen steht man vor der altbekannten Streitfrage, ob nur die selbständige berufliche Tätigkeit aus dem Verbraucherschutz ausgegrenzt ist (dann wird der im eigenen Namen kontrahierende Arbeitnehmer nach außen als Verbraucher geschützt) oder auch die unselbständige berufliche Tätigkeit. Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 UA 1 Rom I-VO differenziert nicht danach. Das zentrale Moment der Verbraucherdefinition aus Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO, dass die Gegenpartei zu privaten Zwecken, zumindest zu nicht beruflichen Zwecken gehandelt haben müsste, greift er nicht auf.⁴⁶⁵

122 Wer vertragliche Gegenpartei des Beförderers ist, ist eine Frage aus dem Bereich Zustandekommen des Vertrages und bestimmt sich gemäß dem bootstrap principle des Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO nach dem Vertragsstatut: Ob eine bestimmte Person Vertragspartei ist, beurteilt sich nach dem Recht, das anwendbar wäre, wenn jene Person Vertragspartei wäre.⁴⁶⁶ Insbesondere erfasst dies, in wessen Namen der Vertrag geschlossen wurde. Bei einem angestellten aktuell Reisenden auf beruflich bedingter Reise wird es sich im Zweifel um ein unternehmensbezogenes Geschäft im Namen des anstellenden Unternehmens handeln.⁴⁶⁷ Entscheidend ist allein, in wessen Namen nach außen gehandelt wird. Ob bei einem Abschluss nach außen im Namen des aktuell Reisenden intern Kosten erstattet werden, ist dagegen unerheblich. Der Beförderer hat keinen Einblick in solche Interna wie Kostenerstattung; er darf und muss sich an das halten, was im Außenverhältnis zu ihm geschieht.⁴⁶⁸

123 Reisen aktuell mehrere Personen, z.B. ein Ehepaar, ein Paar, eine mehrköpfige Familie oder eine Gruppe, ist ebenfalls nach Maßgabe des jeweils über Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO maßgeblichen Rechts zu ermitteln, wer Vertragspartei ist.⁴⁶⁹ Dabei dürften sich in der Regel zwei Konstellationen ergeben:⁴⁷⁰ Entweder schließt jeder aktuell Reisende mit dem Beförderer einen eigenen, rechtlich für sich stehenden Vertrag ab. Oder eine Person aus der Personenmehrheit ist alleinige vertragliche Gegenpartei des Beförderers,

⁴⁶⁴ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 348; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2629.

⁴⁶⁵ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 348; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2629.

⁴⁶⁶ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2630.

⁴⁶⁷ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2630.

⁴⁶⁸ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2630.

⁴⁶⁹ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2631.

⁴⁷⁰ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2631.

und die anderen Personen sind auf dessen Ticket und unter dessen Vertrag Mitreisende, die nicht Vertragspartei werden. Sie mögen dann begünstigte Dritte mit eigenem Beförderungsanspruch sein, oder nur die alleinige Vertragspartei hat einen Anspruch gegen den Beförderer, dass sie mitzubefördern sind.

Nur in seltenen Ausnahmekonstellationen wird bei einer Gruppenreise die Personenmehrheit als solche Vertragspartei sein. Dann ist zu fragen, inwieweit die Personenmehrheit als Gesellschaft, gegebenenfalls als ad hoc-Gesellschaft, oder als gesellschaftsähnliches Gebilde organisiert ist.⁴⁷¹ Indes lässt sich auch dies nicht selten vergleichsweise leicht beantworten: Reist ein Kegelclub oder sonstiger Verein als solcher und wird im Namen des rechtsfähigen Vereins abgeschlossen, so ist der Verein Vertragspartei, sofern er rechtsfähig ist. Die Frage, ob ein Gebilde rechtsfähig ist, ist eine gesondert über Art. 7 EGBGB anzuknüpfende Teilfrage. Bei einem nicht rechtsfähigen Verein werden im Zweifel einzelne Beförderungsverträge mit den einzelnen reisenden Mitgliedern abgeschlossen.⁴⁷² Dies wird z.B. auch bei einer Reisegruppe der Fall sein, die von einer Pfarrgemeinde organisiert wird. **124**

3. Gewöhnlicher Aufenthalt des Reisenden

Wo der Reisende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, beurteilt sich nach Art. 19 Rom I-VO. Bei Privatreisenden ist dies deren faktischer, natürlicher gewöhnlicher Aufenthalt.⁴⁷³ Ist „Reisender“, also Vertragspartei, ein Unternehmen oder eine Institution, so gibt Art. 19 Abs. 1 UA 1 Rom I-VO maß. **125**

4. Vertragliche Bestimmung des Beförderers

Beförderer ist bei Personenbeförderungsverträgen der vertragliche Beförderer, nicht der ausführende Beförderer. Es gilt das Prinzip des contractual carrier, nicht dasjenige des actual carrier. Der ausführende Beförderer ist im Verhältnis zum Reisenden bloßer Erfüllungsgehilfe des vertraglichen Beförderers, keine Vertragspartei.⁴⁷⁴ **126**

⁴⁷¹ Reithmann/Martiny/Mankowski (Fn. 134), Rn. 2632.

⁴⁷² Reithmann/Martiny/Mankowski (Fn. 134), Rn. 2632.

⁴⁷³ Ähnlich Morse, Liber amicorum Kurt Siehr, 2010, S. 463, 475.

⁴⁷⁴ Ähnlich Contaldi (Fn. 458), S. 359, 376. Übersehen von LG Frankfurt/M., NJW-RR 2006, 704.

5. Ausgangsort

- 127** Ausgangsort ist der vertragliche Ausgangsort der vereinbarten Beförderung. Es kommt nicht auf den Abgangsort des Beförderungsmittels an, sondern eben auf die konkrete vertraglich vereinbarte Beförderung und damit auf den Personentransport des Reisenden.⁴⁷⁵ Abzustellen ist auf den Vertrag, nicht auf die tatsächliche Ausführung als solche. Allerdings wird man in aller Regel eine vertragliche Abänderung für den Ausgangsort sehen können, wenn die Reise einvernehmlich an einem anderen Ort begonnen wird als zuvor vereinbart. Änderungsabreden haben natürlich Einfluss darauf, wo nach dem Vertrag die Reise beginnen soll.

6. Bestimmungsort

- 128** Bestimmungsort ist der vertraglich vereinbarte Schlusspunkt der Beförderung. Dies entspricht dem Modell sowohl bei Güterbeförderungsverträgen als auch unter den Übereinkommen für die einzelnen Transportarten. Gemeint ist der finale Schluss- und Endpunkt der gesamten Beförderung.⁴⁷⁶ Transitreisen von einem Staat in denselben Staat haben ihre relevanten Anknüpfungspunkte also nur in diesem Staat, auch wenn sie über einen oder mehrere andere Staaten erfolgen.⁴⁷⁷ Selbst Zwischenstopps zählen nicht.⁴⁷⁸ Es gibt keine „Zwischenbestimmungsorte“, die für Art. 5 Abs. 2 UA 1 Rom I-VO relevant wären. Auch eine Differenzierung bei längeren Zwischenaufenthalten danach, ob sie transportbedingt erfolgen (und dann unbeachtlich sein sollen) oder nicht, erscheint nicht tunlich.⁴⁷⁹ Erst recht sollte keine Bedeutung haben, auf wessen Veranlassung oder Wunsch hin der Zwischenaufenthalt erfolgt.⁴⁸⁰
- 129** Der Bestimmungsort kann bei einer Rundreise (round trip) identisch sein mit dem Ausgangsort. Allerdings muss dann die Reise als Gesamtheit von Beförderungsleistungen vereinbart sein. Sofern mehrere einzelne Verträge über die einzelnen Strecken, insbesondere aber über die Hinbeförderung

⁴⁷⁵ *Gebauer/Wiedmann/Nordmeier* (Fn. 232), Kap. 37 Rn. 58. Offen *Clausnitzer/Woopen*, BB 2008, 1798, 1800.

⁴⁷⁶ *Lagarde/Tenenbaum*, Rev. crit. dr. int. pr. 97 (2008), 727, 764.

⁴⁷⁷ Vgl. *Lagarde/Tenenbaum*, Rev. crit. dr. int. pr. 97 (2008), 727, 764; *jurisPK/Ringe* (Fn. 199), Art. 5 Rom I-VO Rn. 50.

⁴⁷⁸ *Garcimartín Alférez*, EuLF 2008, I-61, I-71; *Wipping* (Fn. 23), S. 200 f.; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2636.

⁴⁷⁹ Entgegen *Gebauer/Wiedmann/Nordmeier* (Fn. 232), Kap. 37 Rn. 59.

⁴⁸⁰ Entgegen *Gebauer/Wiedmann/Nordmeier* (Fn. 232), Kap. 37 Rn. 59.

einerseits und die Rückbeförderung andererseits, geschlossen sind, ist der Bestimmungsort unter jedem dieser Verträge gesondert zu bestimmen.

III. Auffangregel nach Art. 5 Abs. 2 UA 1 S. 2 Rom I-VO: Recht des Beförderers

Wenn die Kombination nicht gegeben ist, wenn also das geforderte **130** grouping of contacts nicht vorliegt, greift die Auffangregel des Art. 5 Abs. 2 UA 1 S. 2 Rom I-VO. Mit ihm vollzieht sich ein gedanklicher Schwenk, denn er geht weg vom Passagier als der zentralen Anknüpfungsperson und wechselt über zum Beförderer.⁴⁸¹ Anzuknüpfen ist zentral an den gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers. Der erste Satz folgt einem verbraucher-schützenden Grundgedanken, der zweite schwenkt um auf das nicht verbraucherfreundliche Prinzip der charakteristischen Leistung. Erwägungsgrund (31) S. 1 Rom I-VO bleibt ein bloßer Programmsatz. Mit einer dem Unternehmer günstigen Anknüpfungsregel etabliert man kein angemessenes Schutzniveau für Passagiere auf der Ebene des IPR.⁴⁸² Der Passagier steht auf dieser Stufe nicht mehr im Mittelpunkt.⁴⁸³

Der Anwendungsbereich der Auffangregel ist bei Privatreisenden **131** allerdings außerhalb des Seeverkehrs grundsätzlich eher klein: Der private Reisende reist normalerweise aus dem Land ab, in dem er lebt, oder er reist zurück in das Land, in dem er lebt.⁴⁸⁴ Diese beiden typischen Konstellationen deckt die Grundanknüpfung des Art. 5 Abs. 2 UA 1 S. 1 Rom I-VO ab. In ihnen fällt entweder der Ausgangs- oder der Endpunkt der Reise mit dem gewöhnlichen Aufenthalt des privaten Reisenden zusammen. Für die Auffangregel bleiben damit nur Fälle, in denen der Reisende zwischen Ländern reist, in denen er nicht lebt. Zudem fallen Pauschalreisen wegen Art. 6 Abs. 4 lit. b Var. 2 Rom I-VO in den sachlichen Anwendungsbereich des Internationalen Verbrauchervertragsrechts. Indes gibt es gerade im Seeverkehr Fälle, in denen außerhalb einer Pauschalreise die reine Beförderung zwischen zwei – aus der Sicht des Privatreisenden – ausländischen Staaten

⁴⁸¹ Kritische Auseinandersetzung bei *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 348 f.

⁴⁸² Ebenso *Legros*, Rev. dr. transp. Février 2009, S. 12, 16 sowie *Tonolo*, Riv. dir. int. priv. proc. 2009, 309, 321 f.; *Contaldi* (Fn. 458), S. 359, 378; *Pretelli*, Europa e dir. priv. 2009, 1083, 1119. Übersehen von *Delebecque*, Scritti in onore di Francesco Berlingieri, 2010, S. 431, 440.

⁴⁸³ Zu pauschal *Rolf Wagner*, TranspR 2009, 281, 287.

⁴⁸⁴ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 349; *Lagarde/Tenenbaum*, Rev. crit. dr. int. pr. 97 (2008), 727, 764.

stattfindet.⁴⁸⁵ Man denke etwa an Fährverkehr deutscher Touristen über den Ärmelkanal, zwischen Festlandsfrankreich und Korsika, zwischen Festlandsspanien und den Balearen, zwischen Italien und Griechenland über die Adria oder innerhalb des griechischen Archipels zwischen Festland und Inseln oder zwischen einzelnen Inseln.

IV. Rechtswahlregel für Personenbeförderungsverträge in Art. 5 Abs. 2 UA 2 Rom I-VO

1. Beschränkte Rechtswahl

- 132** Eine erhebliche Neuerung ist die beschränkte Rechtswahl nach Art. 5 Abs. 2 UA 2 Rom I-VO. Eine Rechtswahl ist zwar bei Personenbeförderungsverträgen im Prinzip noch gestattet. Es soll jedoch keine freie Rechtswahl mehr sein. Vielmehr soll es sich um eine beschränkte Rechtswahl handeln. Den Parteien wird nicht erlaubt, frei unter allen Rechtsordnungen dieser Erde auszuwählen. Vielmehr wird der Kreis der wählbaren Rechtsordnungen auf eine Auswahl beschränkt, die objektive Verbindungen mit dem Vertrag oder den Parteien aufweist.⁴⁸⁶ Art. 5 Abs. 2 UA 2 Rom I-VO realisiert das seltene Modell einer beschränkten Rechtswahl.

2. Kreis der wählbaren Rechtsordnungen

- 133** Art. 5 Abs. 2 UA 2 Rom I-VO stellt zur Wahl: das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der zu befördernden Person (lit. a), das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Beförderers (lit. b), das Recht an der Hauptverwaltung des Beförderers (lit. c), das Recht des Abgangsortes (lit. d) und das Recht des Bestimmungsortes (lit. e). Die zur Wahl gestellten Optionen bezeichnen zum einen die Rechtsordnungen, mit denen die einzelnen Parteien am engsten verbunden sind, und zum anderen mit Ausgangs- und Bestimmungsort Rechtsordnungen, mit denen der Transport als solcher eng verbunden ist.⁴⁸⁷ Bei der zweiten Option (lit. b) wurde lange darüber nachgedacht, den gewöhnlichen Aufenthalt durch Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung des Beförderers zu ersetzen oder vielleicht sogar zu ergänzen (als lit. b1 bezeichnet). Das Europäische Parlament nahm letzteres als neuen lit. c auf, so dass sich die nachfolgenden Buchstaben in der Bezeichnung um einen Buchstaben nach hinten verschoben. Allerdings war die Erweiterung nicht

⁴⁸⁵ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 349; *Smeele*, WPNR 6824 (2009), 1015, 1018 f. mit Fn. 56.

⁴⁸⁶ Siehe nur *Nikaki*, (2010) 16 JIML 85, 86.

⁴⁸⁷ Siehe nur *Azzi*, D. 2008, 2169, 2172; *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 350; *Rolf Wagner*, TranspR 2009, 281, 287; *Pretelli*, Europa e dir. priv. 2009, 1083, 1119.

groß, denn als gewöhnlicher Aufenthalt gilt bei Gesellschaften nach Art. 19 Abs. 1 UA 1 Rom I-VO sowieso im Grundansatz die Hauptverwaltung.⁴⁸⁸ Der Unterschied ergibt sich nur aus Art. 19 Abs. 2 Rom I-VO, demzufolge die jeweils vertragsbetreuende Niederlassung zum gewöhnlichen Aufenthalt avanciert.

Für die Personenbeförderungsindustrie sind die zweite und die dritte Option (litt. b und c) von überragender Bedeutung. Denn nach ihnen kann der Beförderer sein eigenes Recht wählen lassen.⁴⁸⁹ Der Beförderer kann sich sein rechtliches „Heimspiel“ erkontrahieren. Auf diesem Wege kann er Rationalisierung durch Vereinbarung immer desselben, ihm und seinem Rechtsstab vertrauten Rechts erzielen. Eine Änderung der bisher gebräuchlichen AGB ist nicht veranlasst. Vielmehr lassen sich die Rechtswahlklauseln „Es gilt das Recht am Sitz des Beförderers“ fortführen.⁴⁹⁰ Diese Gestaltungsmöglichkeit wird die Praxis dominieren. Alle anderen Optionen aus dem Katalog dienen nur der Camouflage und sind praktisch bedeutungslos.⁴⁹¹ Abgangs- und Bestimmungshafen passen nicht, wenn ein Fährbetrieb mehrere Linien betreibt und einheitliche AGB haben will, keine gesonderten AGB, je differenziert nach der befahrenen Strecke.⁴⁹² Kein normaler Passagier hat die Verhandlungsmacht, eine Wahl seines Heimatrechts durchzusetzen.⁴⁹³ Fährbetrieb ist Massenbetrieb, in ihm gibt es keine individuellen Verträge, und die AGB des Fährbetriebs beherrschen alles.

Eine Rechtswahlklausel zu Gunsten des Befördererrechts muss sich keiner Inhaltskontrolle, sei es nach dem gewählten Recht, sei es nach dem ohne Rechtswahl anwendbaren Recht, sei es nach dem Sachrecht der *lex fori* (in Deutschland wäre dies § 307 BGB) stellen. Denn für eine Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln ist nicht das Sachrecht, sondern das IPR zuständig. Das IPR entscheidet, in welchem Umfang es die Rechtswahl zulässt. Das ist seine spezifische Art von Inhaltskontrolle. Lässt das IPR nur eine be-

⁴⁸⁸ Ähnlich *d'Avout*, Rev. Lamy Dr. aff. N° 29, juillet/août 2008, S. 69, 70.

⁴⁸⁹ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 350; *Peter Arnt Nielsen* (Fn. 199), S. 99, 107; *Biagi-oni*, NLCC 2009, 717, 726; *Claringbould*, NIPR 2009, 426, 435; *Morse*, Liber amicorum Kurt Siehr, 2010, S. 463, 476 f.; *Remien*, Liber amicorum Kurt Siehr, 2010, S. 499, 502; *Christoph Hasche*, TranspR 2010, 282, 283 sowie *Contaldi* (Fn. 458), S. 359, 363-366.

⁴⁹⁰ *Mankowski*, IHR 2008, 133, 140; *ders.*, TranspR 2008, 339, 350; *Rolf Wagner*, TranspR 2008, 221, 222 f.; *Franca*, Clunet 136 (2009), 41, 61; *Christoph Hasche*, TranspR 2010, 282, 283.

⁴⁹¹ *Christoph Hasche*, TranspR 2010, 282, 283.

⁴⁹² *Christoph Hasche*, TranspR 2010, 282, 283.

⁴⁹³ *Christoph Hasche*, TranspR 2010, 282, 283 sowie *Remien*, Liber amicorum Kurt Siehr, 2010, S. 499, 502.

schränkte Rechtswahl zu, so heißt dies zugleich, dass die Wahl eines erlaubten Rechts zulässig ist. Das IPR hat dann durch seine Vorauswahl abgesegnet, dass jede zur Auswahl gestellte Rechtsordnung eine hinreichende enge Verbindung zum Vertrag hat und in räumlicher Hinsicht nicht unfair oder überraschend ist. Das IPR hat zugleich abgewogen, was es einer eventuell schwächeren Partei zuzumuten erlaubt. Auch ein Günstigkeitsvergleich nach Art des Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO findet nicht statt.⁴⁹⁴ Dass Art. 5 Abs. 2 UA 2 Rom I-VO Verbraucherschutz verwirkliche, lässt sich nicht ernsthaft behaupten. Der Verbraucherschutz ist insoweit nur ein Lippenbekenntnis.⁴⁹⁵

3. *Internationalität*

- 136** Dem Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO sind Personenbeförderungsverträge bereits dann entzogen, wenn während der Beförderung ein zweites Land berührt wird.⁴⁹⁶ Einer Beförderung aus dem Aufenthaltsstaat des Verbrauchers in ein anderes Land liegt ebenso ein internationaler Vertrag zugrunde wie einer Beförderung aus dem Ausland in jenen Aufenthaltsstaat und sogar einer Beförderung zwischen zwei Punkten in jenem Aufenthaltsstaat über das Territorium eines zweiten Staates.

V. Haftung bloßer ausführender Beförderer

- 137** Bloße ausführende Beförderer sind Erfüllungsgehilfen des Beförderers und dem Passagier nicht vertraglich verbunden.⁴⁹⁷ Sie haften dem Passagier nicht aus Vertrag, sondern nur aus Gesetz. Ihre Haftung kann sich, namentlich bei Luftbeförderung, aus den Bestimmungen eines internationalen Übereinkommens ergeben. Ansonsten haften sie aus Delikt. Ob ein im Prinzip anwendbares transportrechtliches Übereinkommen Sperrwirkung entfaltet und neben sich keine ergänzenden Ansprüche auf der Grundlage nationa-

⁴⁹⁴ *Contaldi* (Fn. 458), S. 359, 366; *Peter Arnt Nielsen* (Fn. 199), S. 99, 107; *Volders*, R.W. 2009-10, 642, 656.

⁴⁹⁵ *Mankowski*, *TranspR* 2008, 339, 350; *ders.*, *IHR* 2008, 133, 140; *Thomas Pfeiffer*, *EuZW* 2008, 622, 626; *Kenfack*, *Clunet* 136 (2009), 3, 25; *Peter Arnt Nielsen* (Fn. 199), S. 99, 107; *Volders*, R.W. 2009-10, 642, 656; *Magnus*, *IPRax* 2010, 27, 38; *Symeonides*, *Liber amicorum Kurt Siehr*, 2010, S. 513, 532 f.

⁴⁹⁶ Skeptisch insoweit *Dieter Rabe* (Fn. 166), Vor § 664 HGB Rn. 33.

⁴⁹⁷ Übersehen von LG Frankfurt/M., *NJW-RR* 2006, 704.

len Rechts zulässt, auch wenn unter ihm konkret keine Haftung besteht, ist durch Auslegung des betreffenden Übereinkommens zu ermitteln.⁴⁹⁸

F. Ausweichklausel des Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO

I. Grundsätzliches

Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO enthält eine Ausweichklausel speziell für **138** Transportverträge, die inhaltlich Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO entspricht und ebenfalls verlangt, dass die engere Verbindung zu einem anderen Staat *offensichtlich* enger sein müsse. Das explizite „offensichtlich“ ist der Versuch, die Schwelle – und die Hemmschwelle – zu erhöhen.⁴⁹⁹ Um von der Regel abzuweichen, braucht es ein deutliches Überwiegen der gegenläufigen Momente. „Offensichtlich“, manifest, evident muss jenes Überwiegen sein, gleichsam mit Händen zu greifen.⁵⁰⁰ „Offensichtlich“, „manifestly“ meinen: „deutlich mehr Gewicht für die andere Seite der Waagschale als für jene der Regel“. Konkretes Vorbild war Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO.⁵⁰¹ Eine Alternative wäre „wesentlich“ gewesen.⁵⁰² Das neu eingeführte „offensichtlich“ („manifestly“) in Art. 4 Abs. 3; 5 Abs. 3 Rom I-VO beseitigt letzte Zweifel.⁵⁰³ Es demonstriert die Absicht, die Schwelle jedenfalls nicht zu senken,⁵⁰⁴ und gibt namentlich englischen Rechtsanwendern den Anhaltspunkt für eine restriktive Auslegung schon im Wortlaut an die Hand.⁵⁰⁵ Die schon zuvor unter Art. 4 Abs. 5 EVÜ gewichtige restriktive Auffassung⁵⁰⁶

⁴⁹⁸ S. zum WA, insbes. dessen Art. 17, z.B. OLG Hamm, ZLW 2002, 111; LG Frankfurt/M., NJW-RR 2006, 704; AG Hannover, RRA 2003, 181 m. Anm. *Schmid; Müller-Rostin*, NZV 2002, 182; *Schmid/Müller-Rostin*, ZLW 2004, 395.

⁴⁹⁹ Siehe nur *jurisPK/Ringe* (Fn. 199), Art. 5 Rom I-VO Rn. 56 f.

⁵⁰⁰ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 351.

⁵⁰¹ *Lando/Peter Arnt Nielsen*, UfR 2008 B 234, 238 f.; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 137.

⁵⁰² *Magnus/Mankowski*, ZvgIRWiss 103 (2004), 131, 160.

⁵⁰³ *Mankowski*, IHR 2008, 133, 137; *Briggs*, (2009) 125 LQR 191, 192; *Ferrari*, *RabelsZ* 73 (2009), 750, 763; *Jault-Seseke*, D. 2010, 236, 238 f.; *Legros*, *Clunet* 137 (2010), 185, 198; *Orejudo Prieto de los Mozos*, *REDI* 2009, 519, 521.

⁵⁰⁴ *Mankowski*, IHR 2010, 89, 91 f.; *Orejudo Prieto de los Mozos*, *REDI* 2009, 519, 521; *Martiny*, *GPR* 2011, 48, 50.

⁵⁰⁵ *Fawcett*, in: *Boschiero* (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti* (Roma I), Torino 2009, S. 191, 209.

⁵⁰⁶ Hoge Raad, *Ned. Jur.* 1992 Nr. 750 S. 3263 r.o. 3.8 (dazu u.a. *Rammeloo*, *IPRax* 1994, 243; *van Hudig-van Lennep*, *NILR* 1995, 259; *T.H.D. Struycken*, [1996] *Lloyd's MCLQ* 18); *Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v. Land Rover Exports Ltd.*, [2002] *CLC* 533 [45] (C.A.); *Ennstone Building Products Ltd. v. Stanger Ltd.*, [2002] 2

wird kodifiziert. Deutsche Rechtsanwender können hier praktisch mit einer „Jedenfalls“-Argumentation arbeiten, dass „jedenfalls unter den konkreten Umständen“ die Regelvermutung nicht widerlegt sei. Es wird schwerer, von der jeweiligen Vermutung abzuweichen, denn jetzt macht schon der Wortlaut deutlich, dass ein hohes Maß an Überwiegen abweichender Umstände vorliegen muss.⁵⁰⁷ Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit behalten, ja gewinnen damit einen hohen Wert.⁵⁰⁸ Auch der EuGH betont in der Interfrigo-Entscheidung das *hohe* Niveau der Rechtssicherheit, das hier geboten ist.⁵⁰⁹ Rechtssicherheit reduziert Unsicherheit. Rechtssicherheit reduziert das Maß aufzuwendender Unsicherheitskosten. Rechtssicherheit senkt Transaktionskosten. Ein extensiver Einsatz der Ausweichklausel dagegen würde Argumentationspotential eröffnen, Schlupflöcher für Unwillige aufreißen und *ex-post*-Opportunismus Tür und Tor öffnen.⁵¹⁰ Nur ganz ausnahmsweise vermindert die Ausweichklausel die Summe von Transaktionskosten.⁵¹¹ Das senkt auch materiell die Waage tief zu Gunsten der Regel. Die inhaltliche Wiederholung des Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO in Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO ist unschädlich und angesichts der jetzigen systematischen Struktur sinnvoll. Ihr Fehlen würde nämlich einen – seinerseits fehlgehenden – Umkehrschluss begründen, dass es sich bei Art. 5 Rom I-VO um eine strikte und unbeugsame Regel handelte.⁵¹²

139 Es bedarf keiner *gesonderten* Feststellung, dass die jeweils einschlägige Regelanknüpfung im konkreten Fall *absolut* schwach ist.⁵¹³ Vielmehr kann auch eine *absolut* nicht schwache Regelanknüpfung *relativ* schwächer sein als eine Kombination mehrerer anderer Momente, die in ein und dieselbe Richtung weisen. Die Eichung ist eine *relative*, keine *absolute*. Die Gegen-

All ER (Comm) 479, 489 [41] f. (C.A., per Keene L.J.); *Definitely Maybe (Touring) Ltd v. Marek Lieberberg Konzertagentur GmbH*, [2001] 1 WLR 1745, 1748 f. [11], [13] (Q.B.D., Morison J.) sowie BGH NJW 1999, 2442, 2443 (dazu *Pulkowski*, IPRax 2001, 306); OLG Brandenburg, IPRspr. 2000 Nr. 23A S. 58.

⁵⁰⁷ *Mankowski*, IHR 2008, 133, 137.

⁵⁰⁸ Siehe nur *Re*, Riv. dir. int. priv. proc. 2010, 407, 433 f.

⁵⁰⁹ EuGH 6.10.2009 – Rs. C-133/08, Slg. 2009, I-9687, I-9731 Rn. 62 – Intercontainer Interfrigo SC (ICF)/Balkenende Oosthuizen BV u. MIC Operations BV.

⁵¹⁰ Siehe nur *Blaurock*, FS Hans Stoll, 2001, S. 463, 479; *Mankowski*, IPRax 2003, 464, 469.

⁵¹¹ *Mankowski*, ZEuP 2002, 811, 817-819.

⁵¹² *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 351.

⁵¹³ EuGH 6.10.2009 – Rs. C-133/08, Slg. 2009, I-9687, I-9731 Rn. 61-63 – Intercontainer Interfrigo SA/Balkenende Oosthuizen BV u. MIC Operations BV; *Mankowski*, IHR 2010, 89, 91.

probe belegt dies: Auch eine *absolut* schwache Regelanknüpfung bleibt bestimmend, wenn ihr kein *relatives* Übergewicht zu Gunsten eines anderen Rechts gegenübersteht. Die „Herausforderer“ müssen gewinnen, um einen Titelwechsel zu bewirken, dem „Champion“ reicht selbst ein Unentschieden, um den Titel zu behalten. Erst wenn es jemand Stärkeren gibt, muss der Platzhirsch weichen. Nur das Fehlen einer stärkeren Verbindung zu einem anderen Recht ist *negative* Voraussetzung der Regelanwendung,⁵¹⁴ dagegen ist die Feststellung konkreter Angemessenheit keine *positive* Voraussetzung der Regelanwendung. Daher wäre es falsch, wenn man vorab immer isoliert eine inhärente Schwäche der Regel im konkreten Fall prüfen wollte. Dafür würde es auch an jeglichen ausfüllenden Maßstäben fehlen, so dass Spekulation und Behauptung Tür und Tor geöffnet wären. Die Probe aufs Exempel ist ganz einfach: Man versuche nur die so simpel aussehende Frage zu beantworten, wann eine Regel denn absolut schwach sei. Außerdem kann ohne ernsthaften Herausforderer überhaupt kein Kampf stattfinden. Dies ist der deutlichste Beleg dafür, dass es auf *absolute* Schwäche nicht ankommen kann, wie auch immer man diese messen wollte.

Die Ausweichklausel ist vielmehr komparativ angelegt. Dabei muss Regel Regel bleiben. Die Ausweichklausel muss Ausnahme bleiben. Sie ist restriktiv einzusetzen und nur sehr zurückhaltend. Die berühmte Balenpers-Entscheidung des Hoge Raad⁵¹⁵ hat die (strengen) Maßstäbe gesetzt.⁵¹⁶ **140**

Fügt der EuGH in seiner Interfrigo-Entscheidung dem etwas hinzu oder bringt er gar einen gefährlichen Zungenschlag hinein?⁵¹⁷ Denn Worte wie „restriktiv“, „zurückhaltend“ oder „eng“ wird man im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 5 EVÜ in der Entscheidung vergeblich suchen.⁵¹⁸ Die Justizpa- **141**

⁵¹⁴ Ferrari, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Ansgar Staudinger, Internationales Vertragsrecht, 2007, Art. 28 EGBGB Rn. 65.

⁵¹⁵ Hoge Raad, Ned. Jur. 1992 Nr. 750 S. 3263 r.o. 3.8 (dazu u.a. Rammeloo, IPRax 1994, 243; van Hudig-van Lennep, NILR 1995, 259; T.H.D. Struycken, [1996] Lloyd's MCLQ 18).

⁵¹⁶ Im gleichen Sinne wie der Hoge Raad insbesondere *Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v. Land Rover Exports Ltd.*, [2002] CLC 533 [45] (C.A.); *Ennstone Building Products Ltd. v. Stanger Ltd.*, [2002] 2 All ER (Comm) 479, 489 [41] f. (C.A., per Keene L.J.); *Definitely Maybe (Touring) Ltd v. Marek Lieberberg Konzertagentur GmbH*, [2001] 1 WLR 1745, 1748 f. [11], [13] (Q.B.D., Morison J.) sowie BGH, NJW 1999, 2442, 2443 (dazu Pulkowski, IPRax 2001, 306); OLG Brandenburg, IPRspr. 2000 Nr. 23A S. 58.

⁵¹⁷ Verneinend *Claringbould*, NIPR 2009, 426, 436.

⁵¹⁸ Vgl. EuGH 6.10.2009 – Rs. C-133/08, Slg. 2009, I-9687, I-9730 f. Rn. 53-64 – Intercontainer Interfrigo SA/Balkenende Oosthuizen BV u. MIC Operations BV.

lastastrologie mag bereitwillig solche Unterlassung als bewusst und als beredt begreifen. Dies wäre jedoch verfehlt. Denn der EuGH gebraucht solche Worte zwar nicht, verwirft aber andererseits auch keineswegs den aus ihnen sprechenden Ansatz. Im Gegenteil betont er den Vermutungsscharakter des Art. 4 Abs. 2-4 EVÜ und das große Gewicht der Rechtssicherheit.⁵¹⁹ Das darf man nicht übersehen.⁵²⁰ Auch spätere Passagen sollte man nicht als Tendenz zu einem liberalen, großzügigen, ja extensiven Einsatz der Ausweichklausel missverstehen. Zwar heben sie die Restriktivität nicht eigens heraus, noch weniger aber enthalten sie ein Plädoyer für Liberalität. Der EuGH wird – entsprechend seiner Tradition beim Übergang von EuGVÜ zur EuGVVO⁵²¹ – alles vermeiden, was Friktionen zwischen altem und neuem Recht, zwischen EVÜ und Rom I-VO, aufbrechen ließe. Man darf dabei sicher sein, dass das „offensichtlich“ aus Art 4 Abs. 3 Rom I-VO nur zu präsent war. Rechtssicherheit und Flexibilität sind in einen angemessenen Ausgleich miteinander zu bringen. Gerade das europäische IPR und das europäische IZVR betonen die Rechtssicherheit besonders stark, gekleidet in das Gewand der Vorhersehbarkeit. Ankerpunkt ist Erwägungsgrund (11) EuGVVO. EuGVVO und Rom I-VO aber spielen zusammen, sind ein Team, wie Erwägungsgrund (7) Rom I-VO unterstreicht.⁵²²

II. Anwendung für Güterbeförderungs- und Personenbeförderungsverträge

142 Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO gilt für Güterbeförderungs- wie Personenbeförderungsverträge gleichermaßen. Bei Güterbeförderungsverträgen liefert Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO die Grundlage, gegen die abzuwägen ist, bei Personenbeförderungsverträgen Art. 5 Abs. 2 UA 1 Rom I-VO. Ein Gericht muss deutlich machen, dass es die Notwendigkeit einer Abwägung gesehen und in deren Rahmen die Regelanknüpfung angemessen berücksichtigt hat.⁵²³ Richtigerweise bezieht sich Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO nicht auf eine

⁵¹⁹ EuGH 6.10.2009 – Rs. C-133/08, Slg. 2009, I-9687, I-9731 Rn. 62 – Intercontainer Interfrigo SA/Balkenende Oosthuizen BV u. MIC Operations BV.

⁵²⁰ Ähnlich wohl *Grard*, Rev. dr. transp., November 2009, S. 15, 16.

⁵²¹ Siehe EuGH 1.10.2002 - Rs. C-167/00, Slg. 2002, I-8111, I-8142 Rn. 48 - Verein für Konsumenteninformation/Karl Heinz Henkel.

⁵²² Näher zum methodischen Zusammenhang zwischen EuGVVO und Rom I-VO *Bitter*, IPRax 2008, 96; *Lein*, in: *Cashin Ritaine/Bonomi* (éds.), *Le nouveau règlement européen „Rome I“ relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Zürich 2008, S. 27; *dies.*, Yb. PIL X (2008), 177.

⁵²³ Cass. com. Rev. crit. dr. int. pr. 96 (2007), 592, 594 m. Anm. *Lagarde* = D. 2007, 1755 obs. *Courbe* (dazu *Bollée*, D. 2007, 2566).

beschränkte Rechtswahl nach Art. 5 Abs. 2 UA 2 Rom I-VO;⁵²⁴ vielmehr geht dann die Rechtswahl vor, weil man gar nicht zu einer objektiven Anknüpfung gelangt.

III. Handhabung

Eine *noch* engere Verbindung zu einem anderen Staat kann sich also **143** über Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO durchsetzen.⁵²⁵ Dies ist jedoch angesichts der dort verlangten starken Verbindung bei Art. 5 Abs. 1 S. 1 oder Abs. 2 UA S. 1 Rom I-VO nur in ganz seltenen Ausnahmefällen denkbar.⁵²⁶ Bedeutsamer kann die Ausnahmeklausel gegenüber den subsidiären Anknüpfungen an den Bestimmungsort unter Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO bzw. an die vertragsbetreuende Niederlassung des Beförderers unter Art. 5 Abs. 2 UA 1 S. 2 Rom I-VO werden. Beide enthalten keine Kombinationen von Anknüpfungspunkten für die Regelanknüpfung und haben deshalb geringeres Eigengewicht als die primären Anknüpfungen.⁵²⁷

Andere Faktoren in der Abwägung sind:⁵²⁸ Sitz oder abwickelnde Niederlassung des Befrachters (Absenders); Sitz oder abwickelnde Niederlassung eines personenverschiedenen Empfängers⁵²⁹ oder von Hilfspersonen;⁵³⁰ Nationalität, also Flagge oder Registrierungsstaat des Schiffs;⁵³¹ Abschlussort des Vertrages; Vertragswährung für die Fracht.⁵³² Bloße Transitländer haben jedenfalls geringeres Gewicht. **144**

⁵²⁴ Dies missversteht *d'Avout*, Rev. Lamy Dr. aff. N° 29, juillet/août 2008, S. 69, 70 f.

⁵²⁵ Vgl. die Vorlage Hoge Raad, Ned. Jur. 2008 Nr. 191 = NIPR 2008 Nr. 93 S. 154 Nr. 5 sub e sowie A-G *Strikwerda*, Ned. Jur. 2008 Nr. 191 = NIPR 2008 Nr. 93 S. 155, 157 nrs. 37-40.

⁵²⁶ *Mankowski*, TranspR 1993, 213, 224; *ders.* (Fn. 7), S. 66. Rb. Rotterdam, NIPR 1999 Nr. 252 S. 328 Nr. 8.5 beließ es bei Art. 4 Abs. 4 S. 2 EVÜ für einen Vertrag zwischen niederländischen Parteien über einen Straßentransport von Moskau nach St. Petersburg (also der reinen Transportstrecke nach für einen innerrussischen Vertrag).

⁵²⁷ Vgl. die Ausführungen unter C IV und E III.

⁵²⁸ Hof Leeuwaarden, Ned. Jur. 1983 Nr. 564 S. 1791 f. m. Anm. *Schultsz*; *Mankowski*, TranspR 1993, 213, 226; *ders.* (Fn. 7), S. 71.

⁵²⁹ *Basedow*, ZHR 156 (1992), 413, 433.

⁵³⁰ Vgl. BGH TranspR 1992, 103, 104.

⁵³¹ Vgl. BGH, TranspR 1992, 103, 104; *Kadletz*, ZLW 1998, 480; *Carbone*, Scritti in onore di Francesco Berlingieri, 2010, S. 281, 282 f.; altrechtlich *Frese*, Fragen des IPR der Luftfahrt, 1940, S. 31.

⁵³² Vgl. OLG Hamburg, TranspR 1987, 285, 286 („Südwind“).

- 145** Der Ausgangsort hat, isoliert betrachtet, nicht das Gewicht eines primären Anknüpfungspunktes, der letztendlich den Ausschlag gäbe.⁵³³ Auch ein Zusammenfallen mit der Hauptniederlassung des Befrachters dürfte sein Gewicht nicht so verstärken, dass man eine engere Verbindung anzunehmen hätte.⁵³⁴
- 146** Führt ein ausländisches Unternehmen einen Transport innerhalb Deutschlands unter einem in Deutschland abgeschlossenen Vertrag für einen in Deutschland ansässigen Kunden durch, so kommt richtigerweise deutsches Recht über Art. 5 Abs. 3 Rom I-VO zur Anwendung,⁵³⁵ dabei spielt es keine Rolle, ob dem Kunden bekannt war, dass es sich um ein ausländisches Unternehmen handelte.⁵³⁶
- 147** In dieselbe Richtung wie die jeweilige Grundanknüpfung weisende Momente verstärken das Gewicht auf der betreffenden Waagschale. Weisen andere Momente, die zwar in ihrer Gesamtheit stärker wären als das Moment der Regelanknüpfung, in verschiedene Richtungen und schwächen sich damit wechselseitig, so ist die Regelvermutung im Zweifel nicht widerlegt. Bei der Abwägung für Personenbeförderungsverträge können der Abschlussort des Vertrags und die Ansässigkeit eventueller Vermittler (in fremdem Namen abschließender Reisebüros) eine besondere Rolle spielen.

G. Internationales Verbrauchervertragsrecht

I. Nichtanwendbarkeit bei reinen Beförderungsverträgen

- 148** Das Internationale Verbrauchervertragsrecht gilt nach Art. 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO sachlich nicht für Beförderungsverträge. Dies schließt Personenbeförderungsverträge ein. Die Ausnahme vermag rechtspolitisch nicht zu überzeugen.⁵³⁷ Begründet wird sie damit, dass sich die besonderen Schutz-

⁵³³ Entgegen Rb. Rotterdam, NIPR 2000 Nr. 27 S. 88 = S & S 2000 Nr. 12 S. 50, jeweils Nr. 5.2 („Hanjin Singapore“); Rb. Rotterdam, NIPR 2000 Nr. 123 S. 198 Nr. 4.2 sowie Rb. Rotterdam, NIPR 2000 Nr. 196 S. 328 Nr. 4.4 („Condor“). Dies dürfte eine Fortschreibung der Anknüpfung an den Ausgangshafen im alten niederländischen IPR sein; s. dort z.B. Hoge Raad, Ned. Jur. 1971 Nr. 299 („Katsedijk“) zust. Anm. *Lemaire*; Hof 's-Gravenhage, S & S 1990 Nr. 39 S. 125 Nr. 4 („Kate N.L.“); Hof 's-Gravenhage, S & S 1990 Nr. 62 S. 197 („Saudi Prince“); Rb. Rotterdam, S & S 1993 Nr. 73 S. 266 Nr. 4.1 („Nadeshda Obukhova“); S & S 1993 Nr. 74 S. 270 Nr. 7.4 („Calypso“).

⁵³⁴ S. aber Rb. Rotterdam, S & S 1997 Nr. 75 S. 270 Nr. 4.4 („Oasis“).

⁵³⁵ Insoweit zutreffend OLG Düsseldorf, TranspR 1995, 350, 351 = VersR 1996, 1040.

⁵³⁶ Insoweit entgegen OLG Düsseldorf, TranspR 1995, 350, 351 = VersR 1996, 1040.

⁵³⁷ Näher *Mankowski* (Fn. 7), S. 393 f.; *ders.*, ZvgIRWiss 105 (2006), 120, 124 f.; *ders.*, IPRax 2006, 101, 105; *ders.*, in: *Cashin Ritaine/Bonomi* (éds.), *Le nouveau règlement*

vorschriften nicht zur Regelung von Beförderungsverträgen eigneten.⁵³⁸ Diese Begründung ist zu schlank, aussagelos und unbefriedigend.⁵³⁹ Eben- sowenig vermag ein Begründungsansatz über den Massengeschäftscharakter von Personenbeförderungen zu überzeugen.⁵⁴⁰ Verbrauchergeschäft ist regelmäßig Massengeschäft. Dann dürfte es überhaupt kein Internationales Verbrauchervertragsrecht geben.⁵⁴¹ Ebensovienig vermag der Hinweis auf die weitgehende Überlagerung durch Internationales Einheitsrecht⁵⁴² nicht zu überzeugen. Denn ein solcher Vorrang über Art. 25 Rom I-VO schlägt gegenüber Artt. 3; 5 Rom I-VO gleichermaßen durch und kann daher kein Argument gegen eine Anwendung des Art. 6 Rom I-VO sein.⁵⁴³ Noch die relativ beste Erklärung dürfte in einer zu unterstellenden Transnationalität des Marktes für grenzüberschreitende Beförderungen liegen.⁵⁴⁴

II. Rückausnahme für Pauschalreisen

Eine Rückausnahme, die zur sachlichen Anwendbarkeit des Internationalen Verbrauchervertragsrechts führt, enthält Art. 6 Abs. 4 lit. b aE Rom I-VO für Pauschalreisen. Die typische touristische Gestaltung und das typische Phänomen des Massentourismus genießen also internationalrechtlichen Verbraucherschutz. Rechtstatsächlich haben Pauschalreisen nationale Zielmärkte für den Vertragsabschluss.⁵⁴⁵ Zudem operieren bei ihnen spezialisierte Anbieter, keine Beförderungsunternehmen.⁵⁴⁶

européen „Rome I“ relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles, Zürich 2008, S. 121, 153-155; *Ansgar Staudinger*, RRA 2008, 98, 110 f.

⁵³⁸ Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABl. EG 1980 Nr. C 282 Art. 5 EVÜ Bem. (5).

⁵³⁹ *Ferid* (Fn. 416), Rn. 6-30; *Gerhard Ott*, Die Luftfrachtbeförderung im nationalen und internationalen Bereich, 1990, S. 20; *Morse*, (1992) 41 ICLQ 1, 5; *Mankowski* (Fn. 7), S. 393 mwN.

⁵⁴⁰ Dafür aber *Ferid* (Fn. 416), Rn. 6-30.114; *Gerhard Ott* (Fn. 538) S. 20; *Harro Mohrbutter/Christian Mohrbutter*, ZAP Fach 2 S. 59, 71 (Sept. 1990); *Kaye* (Fn. 165), S. 138; *Barbara Böhm*, Verbraucherschutz im Internationalen Privatrecht, 1993, S. 156.

⁵⁴¹ *Mankowski* (Fn. 7), S. 394.

⁵⁴² *Hartley*, in: *North* (ed.), *Contract Conflicts*, Amsterdam/New York/Oxford 1982, S. 111, 129; *Ferid* (Fn. 416), Rn. 6-30.13; *Salvadori*, in: *Salvadori/Frigo* (Hrsg.), *La Convenzione di Roma sul legge applicabile ai contratti internazionali*, Milano 1993, S. 43, 56; *Barbara Böhm* (Fn. 539), S. 156.

⁵⁴³ *Mankowski* (Fn. 7), S. 395.

⁵⁴⁴ *Mankowski* (Fn. 7), S. 395.

⁵⁴⁵ *Mankowski* (Fn. 7), S. 398-400; *ders.* (Fn. 537), S. 121, 155.

⁵⁴⁶ *Mankowski* (Fn. 537), S. 121, 155.

1. Anlehnung an den Begriff der Pauschalreise aus der PauschalreiseRL

- 150** Maßgeblich für den Begriff der Pauschalreise sind im IPR kraft ausdrücklicher Verweisung in Art. 6 Abs. 4 lit. b aE Rom I-VO jetzt die Maßstäbe der PauschalreiseRL.⁵⁴⁷ Nur die sachlichen Maßstäbe werden importiert; dagegen ist nicht notwendig, dass die PauschalreiseRL oder eine ihrer nationalen Umsetzungen wirklich im eigentlichen Sinn anwendbar wäre.⁵⁴⁸ Die Rückausnahme soll ja gerade dem Verbraucherschutz in einem Gebiet besonders großer und besonders typischer Schutzbedürftigkeit dienen, dem sich sachrechtlich die PauschalreiseRL widmet.⁵⁴⁹ PauschalreiseRL und internationalrechtliche Rückausnahmen ergänzen einander, spielen zusammen und bilden in ihrer Gesamtheit ein Schutzensemble.

2. Begriff der Pauschalreise nach der PauschalreiseRL

- 151** Eine Pauschalreise ist nach Art. 2 Nr. 1 Unterabs. 1 PauschalreiseRL eine im voraus festgelegte Verbindung von mindestens zwei Dienstleistungen, die zu einem Gesamtpreis verkauft oder zum Verkauf angeboten wird, wenn die Leistung länger als 24 Stunden dauert oder eine Übernachtung einschließt. Den Kreis relevanter Dienstleistungen konstituieren Beförderung (lit. a), Unterbringung (lit. b) oder sonstige touristische Dienstleistungen, die keine bloßen Nebenleistungen von Beförderung oder Unterbringung sind oder – selbst als Nebenleistungen – einen beträchtlichen Teil der Gesamtleistung ausmachen (lit. c). Zu den sonstigen touristischen Leistungen des lit. c zählen etwa: Sportkurse, Hobbykurse, Sprachkurse, Ausflüge, Mietwagengestellung, Gestellung eines Segelboots.⁵⁵⁰ Zwei dieser drei Elemente reichen aus; es ist nicht erforderlich, dass alle drei gemeinsam vorliegen.⁵⁵¹ Die einzelnen Leistungen je getrennt zu berechnen, ist eine Umgehungsgestaltung, die Art. 2 Nr. 1 Unterabs. 2 PauschalreiseRL trotz-

⁵⁴⁷ Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13.6.1990 über Pauschalreisen, ABl. EG 1990 L 158/59.

⁵⁴⁸ *Mankowski* (Fn. 537), S. 121, 155.

⁵⁴⁹ *Kropholler* (Fn. 20), Art. 15 EuGVVO Rn. 30; *Fasching/Konecny/Simotta*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen V/1, 2. Aufl. Wien 2008, Art. 15 EuGVVO Rn. 98; *David Kluth*, Die Grenzen des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes, 2009, S. 137; *Geimer*, in: *Geimer/Rolf A. Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, Art. 15 EuGVVO Rn. 58.

⁵⁵⁰ Siehe nur *Grabitz/Hilf/Tonner*, Das Recht der EU, Losebl. 1993 ff., A 12 Art. 2 RL 90/314/EWG Rn. 6 (Mai 1999).

⁵⁵¹ Siehe nur EuGH 30.4.2002 – Rs. C-400/00, Slg. 2002, I-4051, I-4071 Rn. 13 – Club-Tour, Viagens e Turismo SA/Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido u. Club Med Viagens Ltd. = EuZW 2002, 402 m. Anm. *Tonner* (dazu *Führich*, RRA 2002, 194).

dem zur Pauschalreise erhebt. Unterbringung wird zwar typischerweise von Hotels, Gaststätten oder ähnlichen Einrichtungen erbracht, ist aber keineswegs auf solche Leistungsträger beschränkt.⁵⁵²

Eine Pauschalreise setzt also im europäischen Internationalen Verbraucherschutzrecht funktionell im Kern eine Kombination von Beförderungs- und Unterbringungsleistungen voraus, die jeweils funktionellen Eigenwert haben müssen.⁵⁵³ Es müssen mehrere Elemente vorliegen, die sich prinzipiell auch voneinander trennen lassen könnten. Verbindendes Band ist die einheitliche Zahlungspflicht des Kunden für den Gesamtpreis des Leistungspakets. Es kommt nicht darauf an, dass die Einzelleistungen in der Rechnung aufgeschlüsselt und mit Einzelpreisen versehen sind.⁵⁵⁴ Der funktionelle Eigenwert bemisst sich nicht nach dem gebotenen Luxus.⁵⁵⁵ Entscheidend ist, dass Beförderung und Unterbringung sowie Unterhaltung und sonstiges Programm sich insgesamt zu einer Vergnügungsreise, einer pleasure tour, zusammenfinden. Ob das Paket bereits ursprünglich vom Reiseanbieter zusammengestellt oder vom Touristen individuell geschnürt wurde, ist ohne Bedeutung.⁵⁵⁶ Eine Pauschalreise muss also kein Kollektivangebot an eine Vielzahl von Interessenten sein,⁵⁵⁷ sondern kann auch höchst individuellen Zuschnitt haben.⁵⁵⁸ Pauschalreisen betreffen nicht nur standardisierten Massentourismus, sondern können sich auch im Individualtourismus finden, wenn sie aus vorab definierten Reiseleistungen zusammengestellt werden. Die Schnürung und Bündelung als Leistungspaket ist für sie charakteristisch, nicht ihr Maß an Individualität der einzelnen Elemente. „Im voraus festgelegt“ meint nur die vertragliche Bündelung von vor Vertrags-

⁵⁵² EuGH 11.2.1999 – Rs. C-237/97, Slg. 1999, I-825, I-850 Rn. 26 – Verwaltungsstreitverfahren angestrent von AFS Intercultural Programs Finland ry; OGH EuLF 2009, II-49, II-50.

⁵⁵³ *Mankowski* (Fn. 7), S. 401; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 368 sowie *Christoph Hasche*, Grenzfragen zwischen See- und Reiserecht, 1990, S. 5; *Kaye* (Fn. 165), S. 207.

⁵⁵⁴ *Christoph Hasche* (Fn. 553), S. 6; *Mankowski* (Fn. 7), S. 401.

⁵⁵⁵ *Christoph Hasche* (Fn. 553), S. 6; *Mankowski* (Fn. 7), S. 401.

⁵⁵⁶ EuGH 30.4.2002 – Rs. C-400/00, Slg. 2002, I-4051, I-4072 Rn. 14 f. – Club-Tour, Viagens e Turismo SA/Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido u. Club Med Viagens Ltd. (mit überzeugendem Argument aus Anh. lit. j PauschalreiseRL); *Remien*, Liber amicorum Kurt Siehr, 2010, S. 499, 500.

⁵⁵⁷ EuGH 15.6.1999 – Rs. C-140/97, Slg. 1999, I-3499, I-3536 Rn. 31 – Walter Rechberger/Republik Österreich.

⁵⁵⁸ Siehe nur *Remien*, Liber amicorum Kurt Siehr, 2010, S. 499, 500.

schluss bekannten Elementen.⁵⁵⁹ Insbesondere das Baukastenprinzip oder Bausteinmodell kann zu Pauschalreisen führen.⁵⁶⁰ Aber maßgeblich ist die „Vorfabrikation“ der Elemente vor Vertragsschluss, nicht dass das Paket festgelegt sein müsste.⁵⁶¹ Ebenso ist unerheblich, von wem die Initiative zu der vertraglichen Kombination ausging.⁵⁶² Andererseits verbindet allein die gleichzeitige Buchung von Beförderung und Unterbringung beides noch nicht automatisch zu einem Paket.⁵⁶³

- 153** Auch für die Zwecke des europäischen Internationalen Verbraucherschutzrechts darf die Unterbringung keine bloße und notwendige Nebenleistung zur Beförderung sein.⁵⁶⁴ Sie hätte anderenfalls keinen funktionellen Eigenwert, sondern würde zum bloßen Teil der Beförderung.⁵⁶⁵ Die Bereitstellung eines Liege- oder Schlafwagenplatzes für eine Bahnreise über Nacht ist keine Pauschalreise.⁵⁶⁶ Die Unterbringung sollte als Regelfall von der Beförderung getrennt sein.⁵⁶⁷ Indes ist weder eine räumliche noch eine zeitliche Trennung notwendig, wenn die Unterbringung selbständigen funktionellen Wert hat und nicht nur untergeordnet ist.⁵⁶⁸

⁵⁵⁹ EuGH 30.4.2002 – Rs. C-400/00, Slg. 2002, I-4051, I-4073 Rn. 19 – Club-Tour, Viagens e Turismo SA/Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido u. Club Med Viagens Ltd.; *Grabitz/Hilf/Tonner* (Fn. 29), A 12 Art. 2 RL 90/314/EWG Rn. 2 (Mai 1999).

⁵⁶⁰ Siehe nur OLG Saarbrücken, NJW-RR 1999, 1404; LG Frankfurt/M., NJW-RR 1993, 124; *Staudinger/Jörn Eckert*, BGB, §§ 651a-651m BGB, Neubearb. 2003, § 651a BGB Rn. 19; *Tonner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4, 5. Aufl. 2009, § 651a BGB Rn. 23.

⁵⁶¹ *Tonner*, in: MünchKomm BGB (Fn. 560), § 651a BGB Rn. 20.

⁵⁶² EuGH 30.4.2002 – Rs. C-400/00, Slg. 2002, I-4051, I-4072 Rn. 14 f., I-4073 Rn. 19 – Club-Tour, Viagens e Turismo SA/Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido u. Club Med Viagens Ltd.; *Leible*, in: Anwaltkomm (Fn. 323), Art. 29 EGBGB Rn. 44.

⁵⁶³ OLG Frankfurt, NJW-RR 1991, 1018; LG Düsseldorf, FVE ZivR Nr. 406; *Niehuus*, in: Anwaltkomm BGB, Bd. 2/2, 2005, § 651a BGB Rn. 12.

⁵⁶⁴ *David Kluth* (Fn. 549), S. 138.

⁵⁶⁵ *Loacker*, Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht, 2006, S. 138; *Tonner*, in: MünchKomm BGB (Fn. 560), § 651a BGB Rn. 25.

⁵⁶⁶ Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABl. EWG 1980 C 282/25 Art. 5 EVÜ Anm. (6); *Tonner*, in: MünchKomm BGB (Fn. 560), § 651a BGB Rn. 26; *Keiler/Kathrin Binder*, RRa 2009, 210, 218.

⁵⁶⁷ Bericht *Giuliano/Lagarde*, ABl. EWG 1980 C 282/25 Art. 5 EVÜ Anm. (6).

⁵⁶⁸ *Kaye* (Fn. 165), S. 207 f.; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 29 EGBGB Rn. 63; *Leible*, in: Anwaltkomm (Fn. 323), Art. 29 EGBGB Rn. 44; *David Kluth* (Fn. 549), S. 138 sowie *Heiss*, in: *Czernich/Heiss* (Fn. 175), Art. 5 EVÜ Rn. 26.

3. Übertragungshürde im Wortlaut des Art. 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO?

Die einzige echte Hürde für eine Übertragung auf Art. 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO ist, dass die PauschalreiseRL zwei von den drei Elementen Unterbringung, Beförderung, sonstige Leistungen ausreichen lässt und nicht einmal notwendig verlangt, dass eine Beförderung stattfindet.⁵⁶⁹ Bei Art. 6 Abs. 4 lit. b aE Rom I-VO wird für Pauschalreisen scheinbar ohne Binnendifferenzierung, dass gerade Beförderung immer vonnöten wäre, auf die PauschalreiseRL verwiesen. Jedoch ergibt sich die Einschränkung aus dem Kontext und dem Charakter als Ausfüllung der Rückausnahme: Erstens beginnt Art. 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO mit „Beförderungsverträge“, ist also sowieso nur auf Beförderungsverträge anwendbar, und zweitens gewinnt eine Rückausnahme natürlich nur dann Relevanz, wenn die von ihr begrenzte Ausnahme überhaupt einschlägig ist. Anders als bei Art. 5 Abs. 5 EVÜ, der sich auch auf die seinerzeit in Art. 5 Abs. 4 lit. b EVÜ befindliche Ausnahme für ausschließlich außerhalb des Verbraucherstaates erbrachte Dienstleistungen bezog, ist der Zusammenhang nur mit Beförderungsverträgen jetzt systematisch eindeutig.⁵⁷⁰ Alle von der Rückausnahme des Art. 6 Abs. 4 lit. b aE EuGVVO erfassten Verträge sind sicher Pauschalreiseverträge, auch wenn nicht alle Pauschalreiseverträge unter diese Ausnahme fallen.⁵⁷¹ Eine Diskrepanz ergibt sich insbesondere daraus, dass wegen der Beschränkung des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO auf B2C-Verträge Pauschalreisen von Gewerbetreibenden nicht unter die ebenfalls B2C-bezogene Ausnahme und Rückausnahme in Art. 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO fallen können, während sie von der PauschalreiseRL erfasst sind.⁵⁷²

4. Konstellationen im Seeverkehr

a) Kreuzfahrten

Typisches Beispiel für package tours und Pauschalreisen sind Kreuzfahrten.⁵⁷³ Der Kreuzfahrer will nicht nur die Beförderung zu schönen Plät-

⁵⁶⁹ Tonner, in: MünchKomm BGB (Fn. 560), § 651a BGB Rn. 13.

⁵⁷⁰ Keiler/Kathrin Binder, RRA 2009, 210, 213; Mankowski, TranspR 2011, 70, 72.

⁵⁷¹ Keiler/Kathrin Binder, RRA 2009, 210, 214; jurisPK/Ringe (Fn. 199), Art. 5 Rom I-VO Rn. 41; Mankowski, TranspR 2011, 70, 72.

⁵⁷² Ansgar Staudinger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski/Karsten Otte/Götz, Schulze/Ansgar Staudinger, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2011, Art. 6 Rom I-VO Rn. 36.

⁵⁷³ Mankowski (Fn. 7), S. 402; Dieter Rabe (Fn. 166), Vor § 664 HGB Rn. 34; Staudinger/Magnus (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 368; Ansgar Staudinger, in: Ferrari/Kienin-

zen, sondern typischerweise gehobene, wenn nicht luxuriöse Unterkunft, außerdem Unterhaltung, Verpflegung, Ausflüge, Erlebnis, Animation, Bordprogramm, Vorträge, Wellness, Show, Golfkurs, Kletterwand, Shopping Mall⁵⁷⁴ – und was das Herz sonst noch begehren mag.

b) Frachtschiffreisen

- 156** Sogenannte Frachtschiffreisen sind Pauschalreisen.⁵⁷⁵ Luxus und ein eigenes touristisches Unterhaltungsprogramm bietet sie zwar nicht. Beides ist aber auch nicht erforderlich. Denn sie kombiniert Beförderung und Unterbringung samt Verpflegung zu einem Gesamtpreis.⁵⁷⁶ Eine Übernachtung ist eingeschlossen, und das Ereignis dauert mehr als 24 Stunden. Sie ist dann ein Reisevertrag.⁵⁷⁷ Bei einer Frachtschiffreise geht es um das Erlebnis, nicht um das reine Fortgelangen von A nach B. Herr Pammer wollte nicht einmal von Triest nach Fernost (das hätte sich anders schneller und mit weniger Aufwand ins Werk setzen lassen⁵⁷⁸) und zurück, sondern er wollte als Tourist und Betrachter das Geschehen auf dem Frachtschiff miterleben, den Alltag an Bord, das Ein- und Ausladen der Fracht.⁵⁷⁹ Außerdem wollte er sich die angelaufenen Hafenzentren ansehen.⁵⁸⁰ Der Veranstalter haftet zudem sowohl für Mängel bei der Qualität der Beförderung wie bei der

ger/Mankowski/Karsten Otte/Götz Schulze/Ansgar Staudinger (Fn. 571), Art. 6 Rom I-VO Rn. 36.

⁵⁷⁴ *Christoph Hasche*, TranspR 2010, 282, 283.

⁵⁷⁵ EuGH 7.12.2010 – verb. Rs. C-585/08 u. C-144/09, NJW 2011, 505 = TranspR 2011, 35 Rn. 45 – Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG; Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller GAin *Verica Trstenjak*, Schlussanträge in den verb. Rs. C-585/08 u. C-144/09 vom 18.5.2010 Nrn. 42 f.; *Mankowski*, TranspR 2011, 70, 73; *Ansgar Staudinger*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Karsten Otte/Götz Schulze/Ansgar Staudinger* (Fn. 571), Art. 6 Rom I-VO Rn. 36.

⁵⁷⁶ GAin *Verica Trstenjak*, Schlussanträge in den verb. Rs. C-585/08 u. C-144/09 vom 18.5.2010 Nrn. 42 f.

⁵⁷⁷ EuGH 7.12.2010 – verb. Rs. C-585/08 u. C-144/09, NJW 2011, 505 = TranspR 2011, 35 Rn. 45 – Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG; Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller.

Ebenso zu § 651a BGB, der deutschen Umsetzung von Art. 2 PauschalreiseRL, AG Hamburg-Altona, RRa 2006, 221, 222; *Lindinger*, ZVR 2010, 192, 193 sowie LG Bremen, RRa 2001, 245.

⁵⁷⁸ *Keiler/Kathrin Binder*, RRa 2009, 210, 217.

⁵⁷⁹ GAin *Verica Trstenjak*, Schlussanträge in den verb. Rs. C-585/08 u. C-144/09 vom 18.5.2010 Nr. 43; *Mankowski*, TranspR 2011, 70, 73.

⁵⁸⁰ GAin *Verica Trstenjak*, Schlussanträge in den verb. Rs. C-585/08 u. C-144/09 vom 18.5.2010 Nr. 43.

Qualität der Unterbringung.⁵⁸¹ Der Erlebnisfaktor abseits des Massentourismus in vergleichsweise einsamer Reisegesellschaft spielt ebenfalls mit. Die Exklusivität als Reisender unter der Mannschaft in eher spartanischem Ambiente, die lange Fahrtdauer und die Option, Hafenstädte zu besuchen, gehen weit über jeden Beförderungszweck hinaus.⁵⁸²

c) Fährfahrten

Keinen funktionellen Eigenwert haben Aufenthaltsräume auf Fähren **157** oder Butterschiffen sowie Kabinen auf Fährfahrten (z.B. Travemünde-Trelleborg) über Nacht. Sie sind bloße Nebenleistungen zur Beförderungsleistung.⁵⁸³ Gleiches gilt für Verpflegung oder Einkaufsmöglichkeiten an Bord.⁵⁸⁴ Fährfahrten unterfallen den Ausnahmetatbeständen vom Internationalen Verbraucherschutzrecht in Artt. 15 Abs. 3 EuGVVO; 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO.⁵⁸⁵

In Betracht kommen für die Rückausnahme allerdings ausnahmsweise **158** auch auf Fährschiffen unternommene längere Fahrten, bei denen der Zweck nicht in der Beförderung zu einem bestimmten Ort, sondern in dem Aufenthalt an Bord selbst samt Unterbringung liegt; dies mag sich etwa darin indiziell zeigen, dass die Rückfahrt zum Ausgangsort unmittelbar an die Hinreise anschließt.⁵⁸⁶

d) Butterfahrten

Butterfahrten erfüllen schon keinen eigentlichen Beförderungszweck, **159** sondern stellen andere Elemente in den Vordergrund. Die Unterbringung in Aufenthaltsräumen oder Ähnliches mag zwar noch als Nebenleistung anzusehen sein, Unterhaltungsprogramm und Veranstaltungen an Bord haben

⁵⁸¹ GAin *Verica Trstenjak*, Schlussanträge in den verb. Rs. C-585/08 u. C-144/09 vom 18.5.2010 Nr. 43.

⁵⁸² *Keiler/Kathrin Binder*, RRA 2009, 210, 217; *Mankowski*, TranspR 2011, 70, 73.

⁵⁸³ *Christoph Hasche* (Fn. 553), S. 5; *ders.*, TranspR 2010, 282, 283; *Mankowski* (Fn. 7), S. 401 f.; *ders.*, TranspR 2011, 70, 73; *Soergel/von Hoffmann* (Fn. 175), Art. 28 EGBGB Rn. 461; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 368; *Ansgar Staudinger*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Karsten Otte/Götz Schulze/Ansgar Staudinger* (Fn. 571), Art. 6 Rom I-VO Rn. 36.

⁵⁸⁴ *Christoph Hasche*, TranspR 2010, 282, 283; *Mankowski*, TranspR 2011, 70, 73.

⁵⁸⁵ Siehe nur *Flessner* (Fn. 181), S. 11; *Basedow*, IPRax 1987, 333, 341; *Christoph Hasche* (Fn. 553), S. 5; *ders.*, TranspR 2010, 282, 283; *Mankowski* (Fn. 7), S. 401 f.; *Soergel/von Hoffmann* (Fn. 175), Art. 28 EGBGB Rn. 461; *Dieter Rabe* (Fn. 166), Vor § 664 HGB Rn. 34; *Staudinger/Magnus* (Fn. 27), Art. 28 EGBGB Rn. 368.

⁵⁸⁶ *Mankowski* (Fn. 7), S. 402.

aber jedenfalls funktionellen Eigenwert, denn wesentlich ihretwegen wird die Fahrt unternommen.⁵⁸⁷ Mangels Beförderungszwecks sind Butterfahrten nicht als Beförderungsverträge zu qualifizieren, so dass für sie schon die Ausnahme vom Internationalen Verbraucherschutzrecht in Artt. 15 Abs. 3 EuGVVO; 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO tatbestandlich nicht greift.⁵⁸⁸

- 160** Eine Butterfahrt ist dann international, wenn der Anbieter in einem anderen Staat sitzt als die Teilnehmer oder wenn sie die Gewässer zweier Staaten berührt. Kommen Anbieter und Teilnehmer aus demselben Staat und erfolgt die Fahrt nur aus den Gewässern dieses Staates auf die Hohe See, so ist der Vertrag richtigerweise als reiner Inlandsvertrag zu behandeln.⁵⁸⁹

5. Denkbare Hilfsfragen

- 161** Für die Antwort auf die Frage, ob ein Vertrag eine Pauschalreise, eine package tour, beinhaltet, lässt sich ein Katalog von Hilfsfragen entwickeln. Solche Hilfsfragen sind etwa:⁵⁹⁰

- Wie wichtig ist das konkrete Reiseziel? Könnte die Reise genauso gut zu einem anderen Ort führen, und hätte der Passagier sie dann ebenso gebucht? Je wichtiger gerade der Zielort ist, desto gewichtiger wird auch die Leistung des Transports zu genau diesem Zielort.
- Hat bei abstrakt-objektiver Betrachtung der Aufenthalt in den berührten Orten nur die Bedeutung einer Besichtigung oder eines bloßen Zwischenstops? Dies kann auch für Zwischenziele zutreffen, deren Attraktivität die Attraktivität des Gesamtangebots mitbestimmt.⁵⁹¹ Gerade für

⁵⁸⁷ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2676; *Mankowski*, TranspR 2011, 70, 73; *Ansgar Staudinger*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Karsten Otte/Götz Schulze/Ansgar Staudinger* (Fn. 571), Art. 6 Rom I-VO Rn. 36. Zu undifferenziert insoweit *Mankowski* (Fn. 7), S. 401 f.

Vgl. ähnlich OGH, EuLF 2009, II-49, II-50 für Kaffeefahrten zu Land.

⁵⁸⁸ *Mankowski*, TranspR 2011, 70, 73. So klar noch nicht formuliert in *Mankowski* (Fn. 7), S. 401 f.; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2676.

⁵⁸⁹ *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2676; *Mankowski*, TranspR 2011, 70, 73.

⁵⁹⁰ *Mankowski* (Fn. 7), S. 403; *ders.*, TranspR 2011, 70, 73 f.; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2677.

⁵⁹¹ Deutlich AG Hamburg-Altona, RRA 2006, 221, 222 (sogar spezifisch für eine Frachtschiffreise).

Kreuzfahrten sind attraktive Zwischenziele typisch. Dies gilt auch für die zunehmend aufkommenden Flusskreuzfahrten.⁵⁹²

- Wird die Reise wesentlich auch wegen der Unterbringung an Bord des Verkehrsmittels unternommen, sei es wegen des Ambientes, sei es wegen eines Erlebnisfaktors?

Im Gegensatz zu Art. 15 Abs. 3 EuGVVO, der anders als die PauschalreiseRL eine Kombination von Beförderung und Unterbringung verlangt und damit eine Kombination von Beförderung und sonstigen touristischen Leistungen dem Wortlaut nach nicht erfasst,⁵⁹³ stellt sich bei Art. 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO kein solches Restproblem. Daher sind auch die folgenden Hilfsfragen weiterhin sinnvoll:⁵⁹⁴ **162**

- Wird die Reise wesentlich auch wegen der Unterbringung, der Verpflegung⁵⁹⁵ oder des sonstigen Programms an Bord des Verkehrsmittels unternommen?
- Findet ein Betreuungs- oder Unterhaltungsprogramm von erheblichem Eigenwert statt?

6. Überlagerung durch Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO?

Betrachtet man Art. 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO isoliert, so erscheint vollkommen klar, dass Pauschalreisen immer in den sachlichen Anwendungsbe- **163** reich des Art. 6 Rom I-VO fallen sollen. Daran könnten sich jedoch Zweifel einzustellen drohen, wenn man auch Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO in den Blick nimmt. Pauschalreisen als Dienstleistungen drohten bei Anwendung des Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO dann aus dem Internationalen Verbrauchervertragsrecht herauszufallen, wenn sie vollständig außerhalb des Aufenthaltsstaates des Verbrauchers erbracht werden, wenn also z.B. eine Kreuzfahrt weder dort beginnt noch dorthin führt, sondern etwa einen Deutschen von Miami durch die Karibik zurück nach Miami führt.⁵⁹⁶ Dagegen spricht jedoch die in Art. 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO ganz spezifisch und direkt zum Ausdruck gekommene ratio, dass Pauschalreisen als besonders sensible Materie auch kollisionsrechtlich dem Verbraucherschutz zugehören sol-

⁵⁹² Mankowski, TranspR 2011, 70, 74.

⁵⁹³ Mankowski, TranspR 2011, 70, 72.

⁵⁹⁴ Mankowski (Fn. 7), S. 403; Reithmann/Martiny/Mankowski (Fn. 134), Rn. 2677.

⁵⁹⁵ Vgl. OGH, EuLF 2009, II-49, II-50: Gourmet-Fahrten mit Bahn oder Schiff.

⁵⁹⁶ Dafür Solomon, in: Ferrari/Leible (Hrsg.), Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa, 2007, S. 89, 99 f. Offen Leible/Matthias Lehmann, RIW 2008, 528, 537.

len.⁵⁹⁷ Zudem differenziert sachrechtlich auch die PauschalreiseRL nicht nach dem Ort der Dienstleistungserbringung, so dass es eine Friktion gäbe, wenn das kollisionsrechtliche Schwesterregime dies täte.⁵⁹⁸ Schließlich spricht auch die Kontinuität mit Art. 5 Abs. 5 EVÜ für kollisionsrechtlichen Verbraucherschutz.

7. Anwendung bei Buchung über Reisebüro

164 Ein praktisch immer noch sehr wichtiger Fall ist bei einer Pauschalreise der Vertragsabschluss über ein Reisebüro. Findet der Vertragsabschluss über ein Reisebüro im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers statt, so ist dies ein Anwendungsfall sowohl des Art. 6 Abs. 1 lit. a als auch des Art. 6 Abs. 1 lit. b Rom I-VO.⁵⁹⁹ Wirbt ein russischer Reiseveranstalter in Deutschland und buchen in Deutschland lebende Kunden die Nordmeerkreuzfahrt über ein deutsches Reisebüro, so ist Art. 6 Rom I-VO daher situativ einschlägig.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ Ähnlich *Gebauer/Wiedmann/Nordmeier* (Fn. 232), Kap. 37 Rn. 67 Fn. 220: Art. 6 Abs. 4 lit. b aE Rom I-VO sei *lex specialis*.

⁵⁹⁸ *Gebauer/Wiedmann/Nordmeier* (Fn. 232), Kap. 37 Rn. 67 Fn. 220.

⁵⁹⁹ LG Konstanz, NJW-RR 1993, 638; *Reithmann/Martiny/Mankowski* (Fn. 134), Rn. 2678.

⁶⁰⁰ *Klatt/Wahl/Nöll*, Recht der Touristik, Losebl. 1992 ff., Kap. 6 Rn. 22 (Dez. 2001).

Impressum

Schriftenreihe A des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht e.V. 1887

Herausgeber: Deutscher Verein für Internationales Seerecht e.V.

Vorstand: Dr. Dieter Schwampe (Vorsitzender)
Dr. Bernd Kröger (Stellvertretender Vorsitzender)

Redaktion: Dr. Klaus Ramming

Anschrift: Deutscher Verein für Internationales Seerecht e.V.
Esplanade 6
20354 Hamburg
Postfach: 30 55 80
20317 Hamburg
Telefon: 040/35 09 7-219
Telefax: 040/35 09 7-211
E-mail: info@seerecht.de

Druck: Storck Druckerei GmbH & Co. KG
Striepenweg 31, 21147 Hamburg
Tel.: 040/797 13 100, Fax: 040/797 13 112

SCHRIFTEN DES
DEUTSCHEN VEREINS FÜR INTERNATIONALES SEERECHT

REIHE A: BERICHTE UND VORTRÄGE

- Heft 97 A t a m e r, Dr., Kerim
 Ursprung und historischer Normzweck des Schiffsgläubigerrechts, 2003
- Heft 98 H a s c h e, Dr., Christoph
 Neueres Bergungsrecht, 2003
- Heft 99 L o o k s, Dr., Volker
 Der Internationale Code für die Gefahrenabwehr auf Schiffen und
 in Hafenanlagen (ISPS Code) – Rechtliche Fragestellungen –
 Die Schifffahrt im Visier des Terrors, 2004
- Heft 100 N i n t e m a n n, Thomas
 Die Haftung von Freight, Demurrage & Defence
 (FD&D) – Versicherungen nach deutschem Recht, 2005
- Heft 101 G a n s s a u g e, Dr., Niklas
 Elektronische Dokumente in der Schifffahrt am Beispiel von
 elektronischer Rechnung und elektronischem Konnossement, 2006
- Heft 102 S c h m i d t, Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten
 Gesetzliches Seehandelsrecht: Hat das HGB noch eine Zukunft?, 2006
- Heft 103 R a m m i n g, Dr. Klaus (Hrsg.)
 Das Wrackbeseitigungsübereinkommen, 2008
- Heft 104 R a m m i n g, Dr. Klaus (Hrsg.)
 Das Bunkerölübereinkommen, 2009
- Heft 105 R a m m i n g, Dr. Klaus (Hrsg.)
 Das Recht der Haftungsbeschränkung, 2010
- Heft 106 G r a u, Carsten
 Rule B Attachment, 2010
- Heft 107 R a m m i n g, Dr. Klaus (Hrsg.)
 Die Rotterdam Regeln, 2011

REIHE B: DOKUMENTE UND MATERIALIEN

- Heft 14 Reform des Seehandelsrechts, Berichte der drei Arbeitskreise an den Bundesminister der Justiz, A r b e i t s k r e i s I, 1985
- Heft 15 Reform des Seehandelsrechts, Berichte der drei Arbeitskreise an den Bundesminister der Justiz, A r b e i t s k r e i s II, 1985
- Heft 16 Reform des Seehandelsrechts, Berichte der drei Arbeitskreise an den Bundesminister der Justiz, A r b e i t s k r e i s III, 1985
- Heft 17 Die Protokolle von 1984 zum Ölhaftungsübereinkommen von 1969 und zum Fondsübereinkommen von 1971 mit einem Beitrag von Dr. R. G a n t e n, 1986
- Heft 18 Stellungnahme des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht zum Abschlussbericht der Sachverständigengruppe zur Reform des Seehandelsrechts, 2010