Originalveröffentlichung in: 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft (hrsg. v. Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich/Klaus J. Hopt/Claus Roxin/Karsten Schmidt/ Gunter Widmaier), Band III, Zivilprozeß, Insolvenz, öffentliches Recht, München 2000, S. 617-643

THOMAS PFEIFFER

# Materialisierung und Internationalisierung im Recht der Internationalen Zuständigkeit

## A. Einführung

Den *Jubilar* schon zu Beginn dieses Beitrags lobend zu nennen, ist nachgerade zwingend: Daß die internationale Zuständigkeit heute als eigenständige Prozeßvoraussetzung anerkannt ist, wurde ermöglicht durch die grundlegende Entscheidung des Großen Zivilsenats vom 14. 6. 1965, aus der sich ergibt, daß die Beschränkung der revisionsgerichtlichen Kognitionskompetenz durch § 549 Abs. 2 ZPO für die internationale Zuständigkeit nicht gilt.[1] Insofern verdankt das hier zu erörternde Thema seine Existenz zumindest auch dem BGH.[2]

Daß sich der BGH trotz der damit verbundenen Mehrbelastung für eine volle revisionsgerichtliche Kontrolle der internationalen Zuständigkeit entschieden hat, ist vor allem deshalb hervorhebenswert, weil damit zugleich ein für die folgende Rechtsentwicklung prägender Wechsel der Betrachtungsweise verbunden war. Noch in den 50er Jahren hatte der BGH die Regeln des Zuständigkeitsrechts als bloße rechtstechnisch-formelle Ordnungsvorschriften eingeordnet;[3] demgegenüber vollzieht die bereits erwähnte Entscheidung vom 14. 6. 1965 den gebotenen Übergang zur Interessen- bzw. Wertungsjurisprudenz. Die Entscheidung des BGH, durch die er sich eine unbeschränkte revisiongerichtliche Kontrolle der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte vorbehalten hat, war namentlich in erster Linie durch die Erkennt-

---

[1] BGHZ 44, 46.

[2] Im Schrifttum grundlegend vor allem *Neuner*, Internationale Zuständigkeit, 1929; und *Pagenstecher*, Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als Prozeßvoraussetzungen, RabelsZ 11 (1937), 337. Zusammenfassend zum Beitrag der Rechtsprechung bei der Entwicklung des Rechts der internationalen Zuständigkeit *Schütze*, Die Bedeutung der Rechtsprechung als Rechtsquelle im internationalen Zivilprozeßrecht, ZVglRWiss 92 (1993), 29, 33 f.

[3] *BGH*, FamRZ 1956, 186 (187) *BGH*, FamRZ 1956, 223, 224; dagegen *Schröder*, Internationale Zuständigkeit, 1971, S. 621; *Dessauer*, Internationales Privatrecht, Ethik und Politik, 1986, S. 1016, Fn. 415; *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit, 1995, S. 91; ferner zum Gerechtigkeitsgehalt von Zuständigkeitsvorschriften auch *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950, S. 40.

nis veranlaßt, daß die Beurteilung der internationalen Zuständigkeit vor allem für die Rechtsschutzinteressen der Parteien, aber auch für etwaige staatliche Schutz- und Regulierungsziele von erheblicher Bedeutung ist. Zeitlich fällt diese Entwicklung zusammen mit der eingehenden Analyse der zuständigkeitsrechtlichen Anknüpfungsinteressen in den Arbeiten von *A. Heldrich*[4] und *J. Schröder*.[5] Insofern ist das hier zu behandelnde Thema zugleich Ausdruck des für die deutsche Rechtskultur prägenden Dialogs zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft. In der vorliegenden Festgabe für den Bundesgerichtshof kann es auch deshalb nicht fehlen.

Ganz allgemein läßt sich schließlich sagen: Die Regeln der internationalen Zuständigkeit beschränken den Tätigkeitsbereich der deutschen Gerichte im internationalen Kontext. Wo die Grenze dieses Tätigwerdens liegt, kann für alle praktischen Zwecke nur dann einheitlich bestimmt werden, wenn über die Anwendung der maßgeblichen Vorschriften der Bundesgerichtshof als einheitliche Auslegungsinstanz wacht. Zudem lassen sich die Grenzen eines Tätigwerdens nur dann angemessen bestimmen, wenn man sich über den Sinn der Tätigkeit Klarheit verschafft. Wie kaum ein anderes zivilprozessuales Problem führt die Erörterung der internationalen Zuständigkeit, jener „Kardinalfrage" jedes Auslandsrechtsstreits[6] hin zu Grundfragen des Prozeßrechts.[7] Das Ziel, diesen gerecht zu werden, ist daher ganz mit Recht eines der erkennbaren Leitmotive der Rechtsprechung des BGH zur internationalen Zuständigkeit.

Damit sind die beiden charakteristischen Tendenzen in der Entwicklung des Rechts der internationalen Zuständigkeit schon angedeutet: Die Materialisierung seiner Auslegung und die Internationalisierung der dabei zugrundegelegten Perspektive. Die nachfolgenden Überlegungen unternehmen es, diese einerseits zu kennzeichnen und zu würdigen, jedoch andererseits – anhand weniger exemplarischer Fragestellungen – auf mögliche Unzuträglichkeiten bzw. Weiterentwicklungsmöglichkeiten hinzuweisen.

---

[4] Vor allem *Heldrich*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, 1969; ferner *ders.*, Die Frage der internationalen Zuständigkeit im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Ber. dt. Ges. f. VölkerR Heft 10, 1969, S. 97; *ders.*, Die Interessen bei der Regelung der internationalen Zuständigkeit, in: FS Hans G. Ficker, 1967, S. 205.

[5] *Schröder* (o. Fn. 3) – das Werk beruht auf der bereits 1965 fertiggestellten Habilitationsschrift dieses Autors; ferner *ders.*, Die Frage der internationalen Zuständigkeit im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Ber. dt. Ges. f. VölkerrR Heft 10, 1969, S. 133.

[6] *Kropholler*, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. I, 1982, Kap. III, § 1 A II 3, Rz. 16.

[7] *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 234.

## B. Tendenz zur Materialisierung

### *I. Allgemeine Kennzeichnung*

Daß zu den wesentlichen Entwicklungslinien des Rechts der internationalen Zuständigkeit dessen Tendenz zur Materialisierung zu zählen ist, zeigen bereits die einführenden Bemerkungen. In diesem Befund mag man zwar auch eine generelle Folge des Übergangs von der Begriffsjurisprudenz zur Interessen- und Wertungsjurisprudenz sehen. Gleichwohl ist es gerechtfertigt, diesem Phänomen im Bereich der internationalen Zuständigkeit besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Charakteristisch für diese ist nämlich ihre Verortung an der Grenze zwischen dem Prozeßrecht einerseits und dem Internationalen Privatrecht andererseits, also im Grenzbereich zweier Rechtsgebiete, in denen sich die besagte Tendenz mit besonderer Schärfe gezeigt hat.

Im Prozeßrecht ist an die Stelle der Orientierung an dem berühmten Diktum *Friedrich Steins*, „Der Prozeß ist ... das ‚technische Recht' in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar",[8] die Hinwendung zu den Prinzipien der Verfahrensgerechtigkeit getreten.[9]

Nicht anders liegt es im IPR. Auch hier hat sich eine Betrachtungsweise durchgesetzt, die das IPR nicht mehr als ein nur technische Funktionen erfüllendes Anknüpfungsrecht sieht, sondern sich den materiellen Wertungsgrundlagen öffnet.[10] Mit dieser Verschiebung der Betrachtungsweise, die allerdings in dem auf *Savigny* zurückgehenden Prinzip der Anknüpfung an den Sitz des Rechtsverhältnisses[11] schon angelegt war, ging auch eine Erweiterung der durch den Gesetzgeber angewandten Regelungstechnik einher. Zu den starren Anknüpfungsmomenten sind bewegliche Anknüpfungen im Sinne von Anknüpfungsleitern (Artt. 14, 18 EGBGB) und einige generalklauselartig formulierte Ausweichtatbestände hinzugetreten, die sich in Artt. 28 Abs. 5, 42, 46 EGBGB finden. Mit dieser Aufzählung ist allerdings

---

[8] *Stein/Juncker*, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 2. Aufl. 1924, S. XIV.

[9] Etwa *Henckel*, Vom Gerechtigkeitsgehalt verfahrensrechtlicher Normen, 1966, durchgehend.

[10] Z. B. *Kegel*, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im IPR, FS Lewald, 1953, S. 259.

[11] *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, 1849 (Nachdruck 1961), S. 28, 108.

zugleich der Befund verbunden, daß der Bereich internationalrechtlicher Regelungen, in dem der Gesetzgeber auf Generalklauseln zurückgreift, beschränkt bleibt.

Schon im Ausgangspunkt verfehlt wäre es also, aus einer allgemeinen Tendenz zur Materialisierung auf die Notwendigkeit einer Hinwendung zu einer generalklauselartigen Regelungstechnik auf allen Gebieten des internationalen Rechts zu schließen. Ebenso wie für andere Gebiete ist es also auch für das Zuständigkeitsrecht eine Frage der – rechtspolitisch oder teleologisch – richtigen Ausgestaltung, inwieweit es bei der Verwirklichung seiner Zwecke dem Ziel Einzelfallgerechtigkeit durch individuelle Abwägung Vorrang vor dem Prinzip der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit durch typisierte Anknüpfungsmomente einräumt.[12]

## *II. Parteibezogene Rechtsschutzinteressen versus staatliche Regulierungsziele*

Ein weiteres Grundproblem, das sich infolge der Materialisierung des Zuständigkeitsrechts gestellt hat, ist die Frage, inwieweit das Zuständigkeitsrecht außerprozessualen, materiellrechtlichen Regulierungszielen anstelle einer Orientierung an Prinzipien der autonomen Zuständigkeitsgerechtigkeit folgen kann.[13] Hier wurde auch im deutschen Schrifttum in Anlehnung an die rechtspolitischen Tendenzen der in den USA (mit wenig überzeugenden Ergebnissen) vollzogenen „*choice-of-law revolution*" die Irrelevanz einer solchen Zuständigkeitsgerechtigkeit behauptet und eine Orientierung an den „legitimen Regelungsinteressen der Staaten" propagiert.[14]

Gesetzgebungspolitisch ist eine solche Forderung praktisch ohne Einfluß auf das Zuständigkeitsrecht geblieben. Ein allgemeines *forum legis* für deutsches international zwingendes Recht hat der Gesetzgeber nicht geschaffen, was einer der prägenden Unterschiede des Rechts der internationalen Zuständigkeit gegenüber dem materiellen IPR (dort: Art. 34 EGBGB) darstellt: Im Bereich der ZPO könnte man allenfalls an die Schaffung des Umweltgerichtsstands in § 32 a ZPO denken, der sich jedoch – abgesehen von seiner weitgehenden praktischen Verdrängung durch internationale Übereinkommen – seinen Wirkungen nach kaum als zuständigkeitsrechtliche Flankierung mate-

[12] *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 204 f.

[13] *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 205 ff.

[14] Etwa *Joerges*, Stichwort „Internationales Privatrecht" sub. II.3., in: Görlitz, Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 1972. Darstellung und eingehende Kritik der *choice-of-law revolution* bei *Korn*, The Choice-of-Law Revolution: A Critique, Colum. L. Rev. 83 (1983), 772.

riellrechtlicher Regelungskonzepte begreifen läßt.[15] Im Bereich des EuGVÜ bzw. LugÜbk haben zwar die derogationsfesten Verbrauchergerichtsstandsregelungen der Artt. 13 ff. EuGVÜ/LugÜbk unter anderem den Effekt, daß der erfaßte Personenkreis unabhängig von seiner Parteistellung durch den kollisions- und sachrechtlich zwingenden Standard seines Wohnsitzstaates geschützt wird. Indessen greift die für den sachlichen Anwendungsbereich zentrale Regelung des Art. 13 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜbk nur zugunsten des sog. passiven Verbrauchers gegenüber einem aktiv grenzüberschreitenden Anbieter. Dem liegt die als Ausdruck klassischer zuständigkeitsrechtlicher Interessenanalyse einzuordnende Beurteilung zugrunde, daß im Verhältnis zwischen einem aktiv-grenzüberschreitenden Anbieter und einem „passiven" Verbraucher das Interesse des letztgenannten an seinem Heimatgerichtsstand zuständigkeitsrechtlich überwiegt und daß deshalb das (durch einen zwar existenten, aber nur schwachen *favor defensoris* gerechtfertigte[16]) Prinzip des *actor sequitur forum rei* weichen muß.[17] Ein allgemein zur zwingenden Durchsetzung inländischen Verbraucherrechts führendes *forum legis* wurde dadurch indes nicht geschaffen.[18]

Auch der Bundesgerichtshof ist dem Konzept eines regulativ orientierten Zuständigkeitsrechts nicht gefolgt, sondern hat mit Recht den dem deutschen internationalen Zivilprozeßrecht zugrunde liegenden liberalen Zuständigkeitsprinzipien den Vorrang eingeräumt und sich an der richtigen Erkenntnis orientiert, daß das Zuständigkeitsrecht in erster Linie dem klägerischen Rechtsschutz sowie dem Schutz des Beklagten gegenüber einer unangemesse-

---

[15] Ausführlich *Pfeiffer*, Der Umweltgerichtsstand als zuständigkeitsrechtlicher Störfall, ZZP 106 (1993), 159, insbesondere 175 ff.

[16] Gerechtfertigt ist er aus zwei Gründen, nämlich weil der Kläger die letzte Entscheidung über den Zeitpunkt der Klage hat und weil durch das Zusammenspiel zwischen klägerischem Zuständigkeitswahlrecht und Beklagtengerichtsstand noch am ehesten ein insgesamt befriedigender Interessenausgleich erreicht wird, *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 596 ff. gegen *Schröder* (o. Fn. 3), S. 237. *Bucher*, Kläger- und Beklagtenschutz im Recht der internationalen Zuständigkeit, 1998, S. 90, weist demgegenüber auf die zeitlichen Zwänge hin, denen der Kläger beispielsweise wegen drohender Verjährung unterliegen kann. Solche Zwänge können in der Tat existieren; doch ändern sie nichts am „Letztentscheidungsrecht" des Klägers über den Zeitpunkt des Prozesses.

[17] S. ferner *de Bra*, Verbraucherschutz durch Gerichtsstandsregelungen im deutschen und europäischen Zivilprozeßrecht, 1992, S. 157 f.; vgl. auch *Schlosser*, Bericht zu dem Übereinkommen des Königreichs Dänemark, Irlands und des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland über den Beitritt zum EuGVÜ sowie zum EuGVÜ Auslegungsprotokoll vom 9. 10. 1978, EG-Abl. C 59/71 v. 5. 3. 1979, Tz. 158, unter Hinweis auf die parallele Lösung in Art. 5 EVÜ.

[18] S. etwa *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 13 EuGVÜ, Rz. 32. Im übrigen zeigt schon die Analyse von *Schröder* (o. Fn. 3), S. 341 ff., daß die zuständigkeitsrechtliche Privilegierung der schwachen Partei durchaus keine prozessuale Neuheit darstellt.

nen Reichweite (fremd-)staatlicher Gerichtsgewalt dient. So hat der BGH die Zuständigkeit für die zivilgerichtliche Klärung von Streitigkeiten mit Staatsunternehmen des ehemaligen Jugoslawien im Interesse des klägerischen Rechtsschutzes nicht an den Schwierigkeiten oder Unklarheiten der völkerrechtlichen Rechtslage scheitern lassen.[19] Hinsichtlich des Erfüllungsortsgerichtsstands in Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ hat sich der BGH nicht davon leiten lassen, daß es (wenn man von einem staatlichen Regulierungsinteresse ausginge) durchaus im ökonomischen Interesse der Bundesrepublik Deutschland als einer Exportnation liegen könnte, wenn sich aus dieser Regelung im Zusammenwirken mit der Erfüllungsortsvorschrift des Art. 57 Abs. 1 lit. a CISG ein Vertragsgerichtsstand am Sitz des Lieferanten ergäbe,[20] sondern die Berechtigung der sogenannten *Tessili*-Regel[21] für solche Fälle insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Beklagtenschutzes zur Überprüfung durch den EuGH gestellt.[22]

Als Anklänge eines an einheimischen Regulierungsinteressen orientierten Zuständigkeitskonzepts ließe sich allenfalls die frühere Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer bereicherungsrechtlichen Rückforderungsklage bei – wegen des damaligen Termineinwands – unwirksamen ausländischen Börsengeschäfts deuten.[23] Sie führte trotz „an sich" vorliegender Derogation der deutschen internationalen Zuständigkeit zu einem inländischen Gerichts-

---

[19] *BGH*, NJW 1997, 324 = LM H.3/1997 § 23 ZPO Nr. 10 m. Anm. *Geimer*; *BGH*, WM 1997, 989 = WuB VII. A. § 23 ZPO 2.1997 m. Anm. *Blenske*.

[20] Zur Verfehltheit eines solchen Denkansatzes instruktiv bereits *Schröder* (o. Fn. 3), S. 326.

[21] Bestimmung des Erfüllungsortes nach der durch das IPR des angerufenen Forums ermittelten *lex causae*, grundlegend EuGH, 6. 10. 1976, Rs. 12/76, Slg. 1976, 1473 – *Tessili./.Dunlop*.

[22] *BGH*, LM H.1/1993 EG-Übk. Nr. 34; *EuGH*, 29. 6. 1994, Rs. C-288/92, Slg. 1994-I, 2913 – *Custom Made Commercial./Stawa Metallbau*, hat jedoch bekanntlich an der *Tessili*-Regel festgehalten; ebenso *EuGH*, 28.9.1999, Rs C-440/97 – GIE Groupe Concorde u. a./Kapitän des Schiffes „Suhadiwarno Panjan", NJW 2000, 719. Zur Geltung des Prinzips des Beklagtenschutzes bei der Anerkennungszuständigkeit *BGH*, NJW 1999, 3198, 3199.

[23] *BGH*, IPRax 1989, 169; *BGH*, IPRax 1989, 166; *BGH*, IPRax 1989, 163; *BGH*, NJW 1984, 2037. Sie ist in der Literatur teilweise sehr kritisch aufgenommen worden, s. nur *Häuser/Welter*, Nationale Gestaltungsschranken bei ausländischen Börsentermingeschäften, WM 1985, Sonderbeil. 8. Auch die *ordre public*-Zugehörigkeit des Termineinwands wurde von Beginn an kontrovers erörtert, s. dazu frühzeitig *Jayme*, Kollisionsrecht und Bankgeschäfte mit Auslandsberührung (1977), S. 27 f.; *Samtleben*, Das Internationale Privatrecht der Börsentermingeschäfte und der EWG-Vertrag, RabelsZ 45, 1981, 218. Infolge der sachrechtlichen Liberalisierung des Rechts der Termingeschäfte ist der Schutz des Standards des deutschen Rechts durch den anerkennungsrechtlichen *ordre public* obsolet geworden, *BGH*, NJW 1998, 2358. Das Problem der *ordre public*-Zuständigkeit als solche (außerhalb von Börsentermingeschäften) bleibt hiervon aber unberührt.

stand und implizierte in der Konsequenz die Anerkennung einer allgemeinen *ordre public*-Zuständigkeit.[24] Mit der Verankerung im *ordre public*-Prinzip ist klar, daß diese Rechtsprechungslinie primär durch materiell-rechtliche Triebkräfte bestimmt ist, wenngleich die zum *ordre public* zählenden Grundsätze nicht notwendig staatliche Interessen schützen, sondern in gleicher Weise individualschützenden Charakter haben können. Indessen kommt durch die *ordre public*-Zuständigkeit zugleich ein spezifisch prozessual-klägerschützendes Prinzip zum Tragen: Da eine *ordre public*-Zuständigkeit nur eingreifen kann, wenn einem etwaigen ausländischen Urteil wegen einer Verletzung wesentlicher Grundsätze des deutschen Rechts (§ 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) – unter Berücksichtigung der insofern geltenden spezifisch prozessualen Maßstäbe[25] – die Anerkennung versagt wird oder werden müßte, verhindert eine solche Zuständigkeit zugleich die Entstehung einer rechtsschutzfreien Zone und damit eine Verletzung des klägerischen Anspruchs auf Justiz.[26] Im Spannungsfeld zwischen klassischen Kriterien der Zuständigkeitsgerechtigkeit und der Berücksichtigung „legitimer Regulierungsinteressen der Staaten" kommt damit der *ordre public*-Zuständigkeit, soweit eine solche eingreift, die Funktion einer systemkonformen und systemkonform zu haltenden Ausnahme zu, welche die ansonsten geltenden Leitlinien nur bestätigt.

### *III. Der Grundsatz der Doppelfunktionalität*

Als praktisches Instrument der Absicherung des vorstehend skizzierten Grundkonzepts dient seit Anerkennung der internationalen Zuständigkeit als eigenständige Prozeßvoraussetzung der Grundsatz der Doppelfunktionalität[27] der Vorschriften über die Gerichtsstände als Regelung sowohl der örtlichen als auch der internationalen Zuständigkeit. Auf der Leistungsfähigkeit dieses schon durch den historischen Gesetzgeber der ZPO vorgegebenen Konzepts beruht die im Grundsatz positive Einschätzung, die dem deutschen Zuständigkeitsrecht im allgemeinen zukommt. Seine praktische Bewährung hat beispielsweise zur Übernahme eines entsprechenden Grundsatzes in Frankreich geführt,[28] was angesichts des vom liberalen Ansatz der ZPO grundverschiedenen nationalistischen Zuständigkeitskonzepts, das der fran-

---

[24] *v. Bar*, Internationales Privatrecht, 1. Bd., 1987, Rz. 406; *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 753 ff.

[25] BGH, NJW 1999, 2372 = WuB, VII B. – Art. 27 EuGVÜ 1.99 mit Anm. *Pfeiffer*.

[26] *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 753–766.

[27] *BGH*, NJW 1997, 2245 = LM H.9/1997, § 893 ZPO Nr. 1 m. Anm *Geimer*.

[28] Cass. Civ. 19. 10. 1960, D. 1960, 37 m. Anm. *Holleaux* = Rev. cr. dr. int. pr. 49 (1960), 215 m. Anm. *Loussouarn*.

zösischen Rechtsprechung mit den Artt. 14, 15 Code civil vorgegeben war, besonders bemerkenswert erscheint.[29]

Ein wesentlicher Vorzug der Doppelfunktionalität folgt daraus, daß ein Haupthindernis für das harmonische Zusammenwirken der nationalen Zivilprozeßsysteme im internationalen Kontext im Fehlen eines „neutralen Schiedsrichters" liegt, der einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den nationalen Rechtssystemen sichert: Die Geltung der im internen Kontext räumlich-territorial angemessenen Zuständigkeitsregeln sichert das Recht der internationalen Zuständigkeit vor jedem einseitigen Regelungsansatz des nationalen Gesetzgebers. Ein weiterer Vorzug dieses Regelungskonzepts besteht in der damit gewonnenen Bindung an feste und vorhersehbare Zuständigkeitsregeln, die allerdings wegen der Unterscheidung der internationalen von der örtlichen Zuständigkeit für Sonderregeln, die für Erstere gelten, offen ist.

Gerade durch diese Bindung an feste Zuständigkeitsregeln hat sich die durch den BGH geprägte deutsche Rechtsentwicklung stets wohltuend von der ansonsten sehr ähnlichen Praxis in Österreich unterschieden. Dort ging man nämlich bis zur jüngst erfolgten Neukodifikation des IPR[30] zwar ebenfalls davon aus, daß die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit von Bedeutung für die internationale Zuständigkeit sind. Anders als in Deutschland nahm man in Österreich allerdings (mit Unterschieden im Detail) abschwächend an, die Gerichtsstandsvorschriften indizierten die internationale Zuständigkeit lediglich (sog. Indikationentheorie).[31] Als Konsequenz dieser Rechtslage hatte der OGH in jüngerer Zeit verstärkt betont, daß die Bejahung der österreichischen Zuständigkeit „berücksichtigungswürdige Inlandsbeziehungen" voraussetzt, und einzelnen Gerichtsständen ihre Eignung zur Indikation der internationalen Zuständigkeit (nach österreichischer Terminologie: Gerichtsbarkeit) abgesprochen.[32] Zum einen die darin liegende Abweichung von den Regelungsprinzipien des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens sowie des Lugano-Übereinkommens, aber in gleicher Weise die durch diese Rechtsprechung geschaffene höchst unerwünschte Zuständigkeitsunsicherheit haben den österreichischen Gesetzgeber veranlaßt, durch eine ausdrückliche Regelung in § 27 a der österreichischen Jurisdiktionsnorm (JN) die Indikationentheorie zu beseitigen.[33]

---

29 Dazu auch *Geimer*, Internationales Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. 1997, Rz. 1906 f.

30 Dazu *Heiss/Mayr*, Neuerungen im österreichischen internationalen Verfahrens- und Vertragsrecht, IPRax, 1999, 305.

31 Überblick und Nachw. bei *Pfeiffer*, Falscher vorauseilender Gehorsam in die richtige Richtung – Zur „Lugano-freundlichen" Auslegung des autonomen österreichischen Zuständigkeitsrechts, IPRax 1996, 205.

32 Etwa *OGH*, IPRax 1996, 201.

33 *Heiss/Mayr*, IPRax 1999, 305.

Wenn in der deutschen Rechtsprechung gelegentlich ebenfalls formuliert wird, die örtliche Zuständigkeit „indiziere" lediglich die internationale Zuständigkeit,[34] so sollte damit lediglich gemeint sein, daß die internationale Zuständigkeit gegenüber der örtlichen eine eigenständige Prozeßvoraussetzung darstellt, die zum Teil, etwa nach § 606 a ZPO oder nach den Vorschriften des EuGVÜ, abweichenden Sonderregeln unterliegt. Eine richterrechtliche Bestimmung des Ausmaßes der erforderlichen Inlandskontakte unabhängig von den Vorschriften des Prozeßrechts ist damit nicht intendiert; und das österreichische Beispiel lehrt, daß es dabei auch bleiben sollte.

## *IV. Der Streit um § 23 ZPO*

### *1. Zur Entwicklung der Rechtsprechung*

Paradigmatisch für die Probleme der Materialisierung des Zuständigkeitsrechts erscheint nach wie vor die Auseinandersetzung um den Vermögensgerichtsstand in § 23 S. 1 Alt. 1 ZPO. Diesen hat der XI. Zivilsenat in seiner viel diskutierten Entscheidung vom 2. 7. 1991 bekanntlich dahin einschränkend ausgelegt, daß diese Vorschrift nur bei Vorliegen des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals des hinreichenden Inlandsbezugs eingreifen soll.[35] Die Reaktionen auf die Entscheidung sind unterschiedlich. Im Schrifttum wurde sie überwiegend kritisch aufgenommen.[36] In der Rechtsprechung hat sich der IX. Zivilsenat der Auffassung des XI. Zivilsenats angeschlossen.[37] Auch der VIII. Senat des Bundesarbeitsgerichts ist dem gefolgt.[38] Demgegenüber beschränken sich Entscheidungen anderer Zivilsenate des BGH entweder auf

---

[34] BGH, NJW 1997, 2245 = LM H. 9/1997, § 893 ZPO Nr. 1 m. Anm. *Geimer*; BGH, LM H. 9/1993, § 23 ZPO Nr. 8 m. Anm. *Pfeiffer*.

[35] BGHZ 115, 90 = RIW 1992, 57 m. Anm. *Fischer* = ZZP 105 (1992), 314 m. Anm. *W. Lüke* LM H.1/1992, § 23 ZPO Nr. 7 m. Anm. *Pfeiffer* = JZ 1992, 51 m. Anm. *Schack* DWiR 1991, 245 mit Aufsatz *Schütze* (239) = WuB VII A § 23 ZPO 2.91 m. Anm. *Thode*. Ferner besprochen bei *Fricke*, Neues vom Vermögensgerichtsstand, NJW 1992, 3066; *Geimer*, Rechtsschutz in Deutschland künftig nur bei hinreichendem Inlandsbezug, NJW 1991, 3072; *Mark/Ziegenhain*, Der Gerichtsstand des Vermögens im Spannungsfeld zwischen Völkerrecht und deutschem nationalen Prozeßrecht, NJW 1992, 3062; *Schlosser*, Einschränkung des Vermögensgerichtsstands, IPRax 1992, 140; monographisch: *Bittighofer*, Der internationale Gerichtsstand des Vermögens, 1994, S. 168 ff.; *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 545 ff.

[36] Vgl. die Beiträge von *Bittighofer*, *Fischer*, *Geimer*, *W. Lüke*, *Pfeiffer*, *Schack* und *Schütze* in der vorigen Fußnote; zweifelnd wohl auch *Thode*; zustimmend dagegen *Schlosser*, mit Einschränkungen auch *Mark/Ziegenhain;* differenzierend *Kropholler*, IPR, § 58 II 1 b, S. 518 f.

[37] *BGH*, NJW 1999, 3198 (3199); *BGH*, NJW 1999, 1395.

[38] *BAG*, EzA § 23 ZPO Nr. 1.

die Feststellung, in dem jeweils konkret zu entscheidenden Fall liege der hinreichende Inlandsbezug ohnehin vor,[39] oder lassen aus dem gleichen Grund die Frage der Erforderlichkeit eines hinreichenden Inlandsbezugs ausdrücklich offen.[40] Auf das Fehlen einer bereits gefestigten Rechtsprechung deutet – neben literarischen Stellungnahmen[41] – immerhin die Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 22. 10. 1996 hin, in welcher der Senat die an dem Kriterium des hinreichenden Inlandsbezugs geäußerte Kritik zur Kenntnis nimmt und erklärt, der vorliegende Fall biete keinen Anlass zu einer Auseinandersetzung mit derselben – woraus die geneigte Fachöffentlichkeit schließt, daß eine solche bei Gelegenheit erfolgen wird und muß.

Das somit gezeichnete Bild bliebe allerdings unvollständig, wenn nicht ein weiterer Aspekt hervorgehoben würde: Entgegen anderslautenden Befürchtungen[42] – oder, je nach Perspektive, Hoffnungen[43] – ist das Erfordernis des hinreichenden Inlandsbezugs bislang eine auf § 23 S. 1, Alt. 1 ZPO beschränkte Besonderheit geblieben. Eine Verallgemeinerung dieses Kriteriums, die eine Abkehr von der Orientierung am Prinzip der Doppelfunktionalität und eine Hinwendung zur in Österreich gerade aus gutem Grund aufgegebenen Indikationentheorie bedeuten würde, ist also unterblieben.

Auch die bisherige Entwicklung gibt allerdings Anlaß zu Bedenken. Die gegen die Entscheidung vom 2. 7. 1991 artikulierten Einwände sind im wesentlichen bereits im Schrifttum vorgetragen und brauchen daher nur kursorisch in Erinnerung gerufen und um einige neue Aspekte ergänzt zu werden:

### 2. *Fehlen einer gesetzlichen Grundlage – insbesondere im Völkerrecht*

Geht man zunächst vom Wortlaut des § 23 ZPO aus, so fehlt es für die geschilderte Rechtsprechung an einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche gesetzliche Grundlage kann auch nicht aus der in der Entscheidung angeführten völkerrechtlichen Vertragspraxis hergeleitet werden. Zwar ist die an der Anführung dieser Vertragspraxis geübte Kritik zum Teil, nämlich insofern unbe-

---

[39] So beispielsweise *BGH*, NJW 1995, 58 (IV. Zivilsenat); *BGH*, LM H.10/1992 § 323 ZPO Nr. 66 (XII. Zivilsenat).

[40] So der X. Zivilsenat in *BGH*, NJW 1997, 325 (326).

[41] Insbesondere *Thode*, WuB VII A § 23 ZPO 2.91.

[42] *Geimer*, NJW 1991, 3072 (3074).

[43] Mangelnden Inlandsbezug bei einer Kaufpreisklage des Verkäufers, die auf den bei ihm liegenden Erfüllungsort (Art. 57 lit a CISG) gestützt ist, nimmt an: *Schlosser*, IPRax 1992, 140 (141 f.); der vorzugswürdige – weil mit dem Prinzip der Zuständigkeitsklarheit besser zu vereinbarende – Weg läge freilich in der Anerkennung eines prozessualen Erfüllungsortes, wie ihn vor allem *Schack*, Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht, 1985, S. 217 ff., fordert; dem steht jedoch im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ (LugÜbk die Rechtsprechung des *EuGH* entgegen.

rechtigt, als die besagten Staatsverträge auch dann für die Auslegung des nationalen Rechts relevant sind, wenn sich aus diesen keine allgemeine völkerrechtliche Staatenpraxis herleiten läßt. Sie bleiben, wie insbesondere *Jayme* nachgewiesen hat,[44] als Ausdruck transnationaler Wertungsüberzeugungen beachtlich und können daher als interpretatives Leitbild des nationalen Rechts herangezogen werden.[45] Im Hinblick auf die Besonderheiten des § 23 Satz 1 Alt. 1 ZPO besteht allerdings das Problem, daß die genannten Staatsverträge zugleich die wechselseitige Urteilsanerkennung voraussetzen, die bei § 23 Satz 1 Alt. 1 ZPO nicht ohne weiteres gewährleistet ist.

Ein weiterer Einwand gegen die Heranziehung der in der Entscheidung angeführten Staatsverträge geht dahin, daß der XI. Zivilsenat, indem er den inländischen Klägerwohnsitz als hinreichenden Inlandsbezug ansieht, § 23 ZPO zum Klägergerichtsstand ausgeformt hat, was in den in der Entscheidung vom 2. 7. 1991 herangezogenen Staatsverträgen nicht nur kein Vorbild hat, sondern deren Regelungskonzept nachgerade diametral entgegengerichtet ist. Dies gilt namentlich für die in der Entscheidung besonders hervorgehobene Liste exorbitanter Gerichtsstände in Art. 3 Abs. 2 EuGVÜ, hinsichtlich derer kein Zweifel daran bestehen kann, daß sie § 23 ZPO auch dann enumerierte, wenn die Verfasser des EuGVÜ gewußt hätten, daß diese Regelung nicht nur faktisch, sondern – aufgrund ihrer Auslegung – auch in rechtlicher Hinsicht vornehmlich inländischen Klägern zugute kommen soll. Insofern folgt aus dem Zweck des Art. 3 Abs. 2 EuGVÜ das Gegenteil dessen, was mit dem Merkmal des Inlandsbezugs bewirkt wurde.

Nur der Vollständigkeit halber sei im übrigen darauf hingewiesen, daß der Rekurs auf das (nicht staatsvertragliche) allgemeine Völkerrecht für die internationale Zuständigkeit nicht nur hier, sondern generell, und zwar praktisch wie theoretisch, in die Irre führt: Zwar ist in jüngerer Zeit in der Literatur gelegentlich versucht worden, völkerrechtliche Schranken nationaler Souveränität für das Internationale Privat- und Prozeßrecht, namentlich unter dem Gesichtspunkt des sog. *genuine-link*-Erfordernisses, nutzbar zu machen.[46] Praktisch muß die Mobilisierung der hieraus resultierenden Schranken staatlicher Rechtsprechungskompetenz jedoch daran scheitern, daß diese irgendwo im Bereich vollständiger Unbrauchbarkeit verlaufen. Theoretisch

---

[44] Narative Normen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 1993, S. 29 ff.

[45] *Pfeiffer*, IPRax 1996, 205 (209).

[46] *F. A. Mann*, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, Recueil des Cours 1964 I, 46; *Heß*, Staatenimmunität bei Distanzdelikten, 1992, S. 299 ff.; *K. P. Mössle*, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im Internationalen Wirtschaftsrecht, 1990, S. 307 ff.; *Schlosser*, Einschränkung des Vermögensgerichtsstandes, IPRax 1992, 140; *H.-J. Ziegenhain*, Extraterritoriale Beweisbeschaffung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses, 1992.

entspricht dem, daß das allgemeine Völkerrecht einerseits und das internationale Prozeßrecht andererseits in zweifacher Hinsicht verschiedene Gegenstände regeln: Während jenes den Verkehr zwischen den Staaten im Blick hat und dabei danach fragt, wie weit die Hoheitsrechte eines Staats reichen, bleibt das Zivilrecht – trotz aller staatlichen Regulierung – das private Recht der Gesellschaft. Sein Gegenstand sind die Rechtsbeziehungen Privater untereinander und der durch diese hergestellte „bürgerliche Zustand des Mein und Dein" (*Kant*),[47] also die durch Rechtsverhältnisse ihrer Bürger rechtlich konstituierte Gesellschaft. Wer dem allgemeinen Völkerrecht die Grenzen zivilprozessualer Zuständigkeit entnehmen will, muß sich deshalb vorhalten lassen, den trotz partieller Integration nach wie vor existenten und aus Gründen der Freiheitssicherung unverzichtbaren Unterschied zwischen Staat und Gesellschaft zu ignorieren.[48] Zudem fragt das Völkerrecht nach äußersten Schranken staatlicher Rechte, wohingegen es im Zivil- und Zivilprozeßrecht um deren angemessenen Ausgleich gehen muß.[49]

### *3. Unklarheit trotz bleibender Unterschiede zur forum non conveniens-Lehre*

Ein praktischer Haupteinwand gegen das Kriterium des hinreichenden Inlandsbezugs ist die mit diesem generalklauselartigen Begriff verbundene Rechtsunsicherheit.

Allerdings muß der BGH insofern zunächst in einem Punkt in Schutz genommen werden. Zu den prägenden Unterschieden des anglo-amerikanischen Zuständigkeitsrechts gegenüber dem deutschen Prozeßrecht gehört die dort praktizierte *forum non conveniens*-Lehre, also die Anerkennung eines diskretionären richterlichen Ermessens zur Ablehnung einer „an sich" gesetzlich begründeten Zuständigkeit. Ihre Übernahme in das deutsche Prozeßrecht verstieße gegen den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Justiz ebenso wie gegen die Garantie des gesetzlichen Richters, wie sich anhand eines Vergleichs der Einzelausprägungen dieser Lehre mit den durch das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich artikulierten Anforderungen an die Ausgestaltung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und die Klarheit der Zuständigkeitsordnung im einzelnen nachweisen läßt.[50]

Eine echte Übernahme der *forum non conveniens*-Lehre ist in dem Erfordernis eines hinreichenden Inlandsbezugs nicht zu sehen. Während es sich bei

---

[47] *Kant*, Metaphysik der Sitten, 2. Aufl. 1798, S. 73 f., zitiert nach der zehnbändigen Werkausgabe, hrsg. v. Weischedel, 3. Aufl. 1968, Band 7, S. 365 f.

[48] *v. Bar*, IPR I, Rz. 136.

[49] *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 1997, § 8 I, S. 49.

[50] Zum Folgenden eingehend und mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Schrifttum der U. S. A. *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 381–432.

diesem lediglich um ein voll justiziables generalklauselartiges Merkmal handelt, begründet jene Lehre echtes Zuständigkeitsermessen. Umso schwerer wiegt es, wenn behauptet wird, in beiden Fällen bestehe eine gleiche kompetenzrechtliche Unklarheit.[51] Ein solcher Vorwurf ist jedoch überzogen: Das Konzept des hinreichenden Inlandsbezugs zielt auf Schaffung richterrechtlicher Konkretisierungen, wohingegen die U. S.-amerikanische Ausprägung dieser Lehre die Entwicklung fester Regeln gerade vermeidet und eine Präjudizienbindung nicht eintreten läßt. Damit einhergehend fehlt es in den Fällen der Anwendung der *forum non conveniens*-Lehre an einer vollwertigen Rechtsmittelkontrolle, die demgegenüber der BGH bei § 23 ZPO vornimmt. Schließlich ist in den U. S. A. das Zustandekommen unterschiedlicher Ergebnisse in ansonsten gleich gelagerten Fällen nachweisbar, für das es bislang in Deutschland jedenfalls keine Hinweise gibt.[52] Das Kriterium des hinreichenden Inlandsbezugs steht also der *forum non conveniens*-Lehre auch faktisch nicht gleich, sondern kommt ihr lediglich nahe.

Schon dadurch entfernt sich das Merkmal des hinreichenden Inlandsbezugs indessen zu weit von der für das deutsche internationale Zivilprozeßrecht grundlegenden und auch verfassungsrechtlich zwingenden Entscheidung für klare und typisierte Anknüpfungsmomente und verkennt im Rahmen der allgemeinen Materialisierungstendenz, daß – soweit es um Gerichtsstandsvorschriften geht – Zuständigkeitsklarheit kein Gegensatz zu materieller Gerechtigkeit, sondern vielmehr dessen Voraussetzung darstellt:

Schon *Gamillschegg* hatte das Problem der Zuständigkeitsklarheit identifiziert und formuliert, daß „das Wesen des Verfahrensrechts ... ja mit der Klarheit und Übersichtlichkeit steht und fällt."[53] Denselben Grundsatz artikuliert aus österreichischer Perspektive *Schwimann* dahin, daß die internationale Zuständigkeit „nicht nur ein ‚richtiges', sondern auch ein ebenso übersichtliches wie leicht handhabbares Regelungssystem" brauche.[54] In der aktuellen Dis-

[51] *Geimer*, Rechtsschutz in Deutschland künftig nur bei hinreichendem Inlandsbezug, NJW 1991, 3072, 3074; *Schack*, IZVR, Rz. 330; keinen großen Unterschied sieht auch *Schlosser*, IPRax 1992, 140 (143).

[52] Zusammenfassend und mit Nachweisen *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 395.

[53] Internationale Zuständigkeit und Entscheidungseinklang im Internationalen Privatrecht, Ber. dt. Ges. f. VölkerR 3, 1959, 29, 38; schärfer *Wiethölter*, Internationales Nachlaßverfahrensrecht, in: Wolfgang Lauterbach (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts, 1969, S. 165: „Ein großartiges IPR oder IZPR, das nur von Professoren oder einigen spezialisierten Praktikern gehandhabt werden kann, entspricht eben praktischen Bedürfnissen auch nicht. Summum ius summa iniuria. Rationalisierung ist um so mehr auch hier ein Gebot der Gerechtigkeit je intensiver der internationale Verkehr wird."

[54] Internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit von der lex causae?, RabelsZ 34, 1970, 201 (219).

kussion wird die Bedeutung des Prinzips der Zuständigkeitsklarheit vor allem in den Arbeiten von *Geimer* thematisiert, der beispielsweise ausführt: „Wenigstens Zuständigkeitsvorschriften sollten – in unserer von Generalklauseln überwucherten Rechtsordnung – klar und überschaubar bleiben."[55] Ergänzend läßt sich sagen, daß das Prinzip der Zuständigkeitsklarheit ein sowohl verfassungsrechtlich vorgegebenes als auch zur Verwirklichung eines sachlich angemessenen Zuständigkeitsrechts unverzichtbares Prinzip darstellt, dem bei der Auslegung sämtlicher Zuständigkeitsvorschriften Leitbildfunktion zukommt.[56]

Welche praktischen Unzulänglichkeiten die besagte Rechtsprechung hervorgerufen hat, läßt sich nur erahnen. Sieht man in denjenigen Entscheidungen, die in der Berufungsinstanz[57] oder gar in der Revisionsinstanz[58] dem Kläger mitteilen, er habe bis dahin mangels hinreichenden Inlandsbezugs über mehrere Jahre mit enormen Kosten umsonst prozessiert, die Spitze eines Eisbergs, so liegen solche in nicht unerheblichem Maße vor. Praktisch wenig erfreulich ist auch, daß die Unklarheit des Kriteriums des hinreichenden Inlandsbezugs auch auf andere prozessuale Rechtsinstitute ausstrahlt, die für die internationale Zuständigkeit von Bedeutung sind. So hat beispielsweise das *OLG Brandenburg* der Versuchung nicht widerstehen können, den hinreichenden Inlandsbezug trotz eines zum maßgeblichen Zeitpunkt, also bei Klageerhebung, in Deutschland wohnhaften Klägers zu verneinen, da sich dessen Wegzug aus Deutschland schon damals angedeutet habe.[59] Das für die Rechtswegklarheit unverzichtbare Prinzip der *perpetuatio fori* bleibt bei sol-

---

[55] Zur Rechtfertigung des Vermögensgerichtsstands, JZ 1984, 979 (980), ähnlich *ders.* (Urteilsanmerkung), FamRZ 1980, 789 (790); *ders.*, Fora connexitatis – Der Sachzusammenhang als Grundlage der internationalen Zuständigkeit, WM 1979, 350 (355).

[56] *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 363 f., 390–394.

[57] OLG Brandenburg, RIW 1997, 424: hinreichender Inlandsbezug verneint wegen einer nach Klageerhebung erfolgten, aber schon vorher „deutlich" werdenden Verlagerung des Klägerwohnsitzes in das Ausland; ferner *OLG München*, WM 1992, 2115: dort war zwar erst nach der Klageerhebung die Entscheidung des BGH zum hinreichenden Inlandsbezug bekannt geworden, jedoch hatte die Heranziehung der Entscheidung durch das LG einen Berufungsrechtsstreit über den hinreichenden Inlandsbezug nicht verhindert. In *OLG Frankfurt*, WM 1993, 1670, haben die Parteien in dem ebenfalls allein die internationale Zuständigkeit betreffenden Berufungsverfahren immerhin nicht alleine über den hinreichenden Inlandsbezug gestritten.

[58] *BAG*, EzA § 23 ZPO Nr. 1: kein hinreichender Inlandsbezug für die Klage eines in die Türkei zurückgekehrten türkischen Arbeitnehmers aufgrund seines türkischem Recht unterliegenden Arbeitsvertrags gegen seinen türkischen Arbeitgeber gegen seine Rückversetzung aus Deutschland in die Türkei; *BGHR* ZPO § 565 – Bindungswirkung Nr. 5: kein hinreichender Inlandsbezug, wenn der inländische Klägerwohnsitz nur auf einer zum Zwecke der Zuständigkeitsbegründung erfolgten Abtretung beruht.

[59] RIW 1996, 424.

cher Praxis nur noch formell aufrecht erhalten – ein Phänomen, das schon aus der von Unklarheiten geprägten instanzgerichtlichen Praxis im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit hinlänglich bekannt ist.[60]

### *4. Das ungelöste Exorbitanzproblem und die Zuflucht zum fraude à la loi*

Ein weiterer Gesichtspunkt in diesem Zusammenhang ist die Frage nach der Exorbitanz der Vermögenszuständigkeit, da diese den wesentlichen Anlaß für die seit jeher geübte Kritik an der Praxis zu § 23 ZPO bildete.[61] Sie bleibt durch das Ausreichen eines inländischen Klägerwohnsitzes für den geforderten hinreichenden Inlandsbezug bestehen.

Dies offenbart mit besonderer Deutlichkeit die bislang weitgehend unbeachtet gebliebene Entscheidung des XI. Zivilsenats vom 17. 1. 1995.[62] Dort hatte der ursprüngliche Gläubiger die eingeklagte Forderung an den im Inland wohnenden Kläger abgetreten, um dadurch den geforderten (regelmäßig durch den inländischen Klägerwohnsitz begründeten) hinreichenden Inlandsbezug erst herzustellen. Hierauf reagierte der Senat mit einer weiteren „Anleihe" aus dem Ausland, nämlich mit der *fraude à la loi*-Theorie, die namentlich vor allem im französischen IPR und IZPR praktiziert wird. Der infolge einer solchen Abtretung vorliegende inländische Klägerwohnsitz sei rechtsmißbräuchlich herbeigeführt und somit unbeachtlich.

Gegen eine derart weitreichende Übernahme des *fraude à la loi*-Konzepts spricht prozeßrechtlich eine Fülle von Gründen:

Zunächst ist zu bemerken, daß die grundsätzliche Möglichkeit, auch in Deutschland eine an sich bestehende Zuständigkeit wegen Zuständigkeitserschleichung aufgrund der konkreten Umstände des Falles zu versagen, zwar grundsätzlich anerkannt ist.[63] Jedoch ging eine einheitliche Ansicht im deutschen Prozeßrecht bislang davon aus, daß von Zuständigkeitserschleichung nur in den Fällen der Simulation von Anknüpfungsmomenten[64] oder der objektivierbar arglistigen Herbeiführung des Zuständigkeitsgrundes gesprochen werden kann.[65]

---

60 Krit. Analyse bei *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 421 ff.

61 Die Geschichte des § 23 Satz 1, Altern. 1 ZPO ist in der Literatur mehrfach dargestellt worden, worauf ich zu Entlastungszwecken verweise. S. also *Schröder* (o. Fn. 3), S. 388 ff.; *Waizenegger*, Der Gerichtsstand des Vermögens und seine geschichtliche Entwicklung, 1915; sowie meine eigene Analyse: *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 525 ff.

62 *BGHR*, ZPO § 565 Abs. 2 – Bindungswirkung Nr. 5; ebenso schon die Vorinstanz *OLG Düsseldorf*, RIW 1996, 598.

63 *Kropholler*, Hdb. IZVR I, Kap. III, Rz. 176 ff.

64 *Kropholler*, Internationales Privatrecht, § 58 II 4 a (Fn. 39).

65 *BGH*, WM 1977, 453 (458): Versuch der Zuständigkeitsbegründung durch bewußten Verlust eines Vorprozesses mit der Folge eines Kostenerstattungsanspruchs als inländischem Vermögenswert des Gegners.

Worin der Rechtsmißbrauch im Falle der Abtretung liegen soll, ist indessen nicht ersichtlich. Nach allgemeiner Ansicht und ständiger Rechtsprechung kann der Zedent nämlich – selbst im Falle der bloßen Inkassozession – ohne Vorliegen eines Eigeninteresses die Forderung im Klagewege geltend machen: „Seine Prozeßführungsbefugnis beruht auf seiner vollen Sachlegitimation";[66] sie sollte also nicht auf dem Wege des Zuständigkeitsrechts ausgehebelt oder mit einem Arglistverdikt bedacht werden.

Auf der Ebene des Zuständigkeitsrechts entspricht dem, daß es für das Vorliegen parteibezogener Zuständigkeitsvoraussetzungen auf die grundsätzlich konkreten Prozeßparteien und nicht auf die Person des ursprünglichen Forderungsinhabers ankommt. Deshalb hat beispielsweise der EuGH mit Recht im Falle der Zession einer ursprünglich einem Verbraucher zustehenden Forderung an einen gewerblichen Kläger den Verbrauchergerichtsstand des Art. 13 EuGVÜ für unanwendbar gehalten.[67] Auch hierzu setzt sich die Anwendung der *fraude à la loi*-Theorie auf Abtretungsfälle in Widerspruch.

Schaut man auf die praktischen Folgen, so drängt sich erneut der Einwand mangelnder Zuständigkeitsklarheit auf: Das ohnehin schon unerfreuliche generalklauselartige positive Zuständigkeitskeitskriterium des hinreichenden Inlandsbezugs soll durch das weitere generalklauselartige Prinzip des *fraude à la loi* korrigiert werden. Auf das Motiv für die Verwirklichung eines Anknüpfungsmoments kann es jenseits der Arglistfälle aber grundsätzlich nicht ankommen.[68] Dabei sollte es schon deshalb bleiben, weil sich das Motiv für die Herbeiführung zuständigkeitsbegründender Umstände meist nicht erkennen läßt. In dem durch den BGH entschiedenen Fall lag dies nur deshalb anders, weil sich ausweislich der mitgeteilten Prozeßgeschichte in der Akte ein von einem Hochschullehrer erstattetes Gutachten befand, in dem dieser zu einer Herbeiführung des hinreichenden Inlandsbezugs durch Abtretung geraten hatte – ein Zufall, der sich in Kenntnis dieser Entscheidung kaum wiederholen wird und der keinesfalls zum Anlaß der Anwendung der jedenfalls für solche Fälle fragwürdigen *fraude à la loi*-Theorie hätte dienen dürfen – *hard cases make bad law!*

Schließlich erweist diese Kriterienverdoppelung noch unter einem weiteren Aspekt, namentlich im Zusammenhang mit der eigentlich gebotenen Beseitigung der Exorbitanz des § 23 ZPO, als aufschlußreich. Daß der *XI. Zivilsenat* zusätzlich zu dem Kriterium des hinreichenden Inlandsbezug noch die *fraude à la loi*-Theorie anwenden muß, zeigt zuständigkeitsteleologisch,

---

[66] *BGH*, NJW 1980, 991, mit weiteren Nachweisen.

[67] *EuGH*, 19. 1. 1993, Rs. C-89/91, Slg. 1993-I, 139. – *Shearson Lehmann Hutton Inc./ TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH.*

[68] *Kropholler*, Hdb. IZVR I, Kap. III, Rz. 178.

daß das erstgenannte Kriterium seinen vorgeblichen Beschränkungszweck nicht sachgerecht erfüllt. Dies bestätigt auch ein Seitenblick auf Frankreich. Zwar könnte man versucht sein, die Rechtsprechung der französischen Cour de Cassation zu Art. 14 des franz. C. C.[69] als Stütze für den Standpunkt des XI. Zivilsenats anzusehen. Diese hat nämlich im Rahmen der besagten – zwar nicht an den klägerischen Wohnsitz, sondern an dessen Staatsangehörigkeit anknüpfenden – Zuständigkeit ebenfalls entschieden, daß im Falle der Abtretung an einen französischen Staatsbürger zum Zwecke der Zuständigkeitsbegründung ein Fall der unzulässigen Gesetzesumgehung vorliegt.[70] Richtigerweise wird man indessen sowohl die Rechtsprechung der französischen Court de Cassation als auch des XI. Zivilsenats des BGH als notdürftigen Versuch ansehen müssen, auf der Ebene der Motivforschung beim Kläger eine Korrektur der nach wie vor zu großen objektiven Weite des § 23 S. 1 Altern. 1 ZPO einerseits und des Art. 14 franz. C. C. andererseits vorzunehmen – ein Herumkurieren an Symptomen statt der indizierten kausalen Therapie.

### *5. Keine Rechtfertigung der Exorbitanz*

#### *a) Analyse*

Die an der Entscheidung vom 2. 7. 1991 und am Erfordernis des hinreichenden Inlandsbezugs geübte Kritik zielt in unterschiedliche Richtungen. Während ein Teil der Stellungnahmen kritisiert, die Entscheidung habe das Exorbitanzproblem nicht gelöst und gleichwohl das Zuständigkeitsrecht mit erheblichen Unsicherheiten aufgeladen, zielt ein anderer Argumentationsstrang auf Verteidigung weitreichender nationaler Gerichtsstandsvorschriften. Insbesondere *Schack* hat im Lichte dieser Entscheidung seinen Standpunkt bekräftigt, solange eine weltweite Urteilsanerkennung ein Traum bleibe, müsse es exorbitante Zuständigkeiten geben.[71]

Dem steht jedoch gegenüber, daß jede weitreichende Zuständigkeitsregelung in den Rechtskreis des Beklagten eingreift. Dies gilt angesichts der massiven Eingriffswirkungen durch die Auferlegung einer Gerichtspflicht des Beklagten im Ausland für internationale Gerichtsstandsvorschriften in besonderem Maße. Vor diesem Hintergrund greifen exorbitante Gerichtsstände

---

[69] Die Vorschrift knüpft die internationale Zuständigkeit französischer Gerichte an die französische Staatsangehörigkeit des Klägers und lautet: *L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux francais, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Francais; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Francais.*

[70] *Cass.civ.*, Rev. crit. dr. int. priv. 77 (1988), 364.

[71] *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 1996, Rz. 330.

in den Schutzbereich der auch verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechte des Beklagten ein. Wie jede staatliche Ausübung von Hoheitsgewalt muß sich also auch die auf Zuständigkeitsvorschriften gestützte Ausübung von Gerichtsgewalt an verfassungsrechtlichen Maßstäben messen lassen. Stützt man folglich die Forderung nach einer wortlautgetreuen Anwendung des § 23 S. 1 Altern. 1 ZPO auf das Fehlen weltweiter Urteilsanerkennung und damit auf die hieraus folgenden Rechtsschutzbedürfnisse, rückt man die Vorschrift in die Nähe einer typisierten Notzuständigkeit. Das kann jedoch aus zwei Gründen nicht richtig sein. Für eine Vorschrift, deren *ratio* in der Typisierung einer Notzuständigkeit liegt, ist das Erfordernis inländischer Vermögensbelegenheit – zumal wenn es zum Streitgegenstand weder in der Sache noch der Höhe nach in irgendeiner Beziehung stehen muß – dysfunktional. Zudem greift § 23 Abs. 1 Altern. 1 ZPO unabhängig vom Vorliegen jeglicher Zuständigkeitsnot ein. In den Kategorien des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist die Vorschrift mithin zur Beseitigung von Zuständigkeitsnot infolge des Erfordernisses inländischen Vermögens einerseits ungeeignet und andererseits wegen ihres Eingreifens unabhängig von jeder Zuständigkeitsnot auch ihrer Weite nach nicht erforderlich.

Daß die Vorschrift als Typisierung der Vollstreckungsnähe mangels weiterer, über das Vorliegen inländischen Vermögens hinausgehender Einschränkungen (Arrestschlag oder hinreichendes Inlandsvermögen) nicht taugt, ist vielfach dargelegt worden.[72] Die in diesem Zusammenhang immer wieder aufgestellte Behauptung, das Fehlen hinreichenden Inlandsvermögens sei deshalb irrelevant, weil ein solches auch bei anderen Vorschriften nicht verlangt wird,[73] kann auf sämtlichen in Betracht kommenden Ebenen (Rechtspolitik, Verfassungsrecht und teleologische Auslegung) nicht überzeugen. Während nämlich andere Vorschriften ihre Legitimität nicht auf das Vorhandensein inländischen Vermögens stützen, ist dies bei § 23 ZPO der Fall, weshalb letztgenannte Vorschrift sich von anderen Zuständigkeitsregeln gerade dadurch unterscheidet, daß bei ihr die Frage nach dem Umfang des Vermögens berechtigt ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Vermögensgerichtsstand „nicht ausschließlich" im Vollstreckungsinteresse eröffnet

---

[72] Zur leichten Abmilderung trüge es zwar bei, allein das vollstreckungstaugliche und einen Vollstreckungsüberschuß versprechende Vermögen als geeignete Vermögen anzusehen, jüngst OLG Celle, NJW 1999, 3722; ferner OLG Frankfurt, WM 1982, 754; OLG München NJW-RR 1993, 701, 704; *Lüke*, ZZP 105 (1992), 321, 325. Indessen vermag dieser Vorschlag das Exorbitanzproblem des Vermögensgerichtsstands nicht grundsätzlich zu lösen; auch Vollstreckungsnähe der Vorschrift kann er angesichts des Ausreichens eines unverhältnismäßig geringen Vollstreckungsüberschusses nicht sicher gewährleisten, *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 541 f.

[73] *Schack*, IZVR, Rz. 328.

ist und es dem Kläger auch sonst freisteht, auf eigene Kosten gegen einen vermögenslosen Schuldner zu klagen.[74] Denn einmal besteht das Problem der Vorschrift nicht in der Last des Klägers, sondern in derjenigen des Beklagten. Zum anderen folgt aus der Untauglichkeit des § 23 ZPO als typisierter vollstreckungsnaher Gerichtsstand, daß die Vollstreckungsnähe auch nicht als Teillegitimation der Vorschrift geeignet ist.

Will man den Vermögensgerichtsstand des § 23 S. 1 Altern. 1 ZPO vom Problem seiner Beziehungsarmut befreien, so kommen zwei Kriterien in Betracht. Als Typisierung der Notzuständigkeit wäre die Vorschrift dann zu gebrauchen, wenn sie auf Fälle beschränkt wäre, in denen nicht offensichtlich die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts gegeben ist, dessen Urteile in der Bundesrepublik Deutschland anerkannt werden.[75] Außerhalb der Fälle der Zuständigkeitsnot wäre es ein zur Beseitigung der exorbitanten Wirkung der Bestimmung gangbarer Weg, die auf § 23 S. 1 Altern. 1 ZPO gestützte Zuständigkeit der Höhe nach auf den Wert des inländischen Vermögens zu beschränken.[76] Das Eingreifen einer solchen Schranke hat der XI. Zivilsenat im Urteil v. 2. 7. 1991 für möglich gehalten, jedoch offengelassen. Auch insofern sind allerdings zwei Fragen zu unterscheiden, nämlich zum einen das Problem, ob eine entsprechende Eingrenzung des § 23 S. 1 Altern. 1 ZPO rechtspolitisch sinnvoll wäre, und zum anderen die Problematik, ob *de lege lata* eine entsprechende Einschränkung möglich ist.

Rechtspolitisch spricht für die Schaffung einer Streitwertobergrenze, daß diese die Einbindung des Beklagten in die deutsche Rechtsordnung (in den „bürgerlichen Zustand des Mein und Dein" als Zweck des gerichtlichen Rechtsschutzes) mit dem Umfang der deutschen Zuständigkeit, soweit dies möglich ist, punktgenau zur Deckung bringt. Zwar läßt sich gegen eine solche Lösung vorbringen, sie könnte zu einer Vermehrung der Rechtsstreitigkeiten durch Aufspaltung in Teilprozesse führen, welche die Effektivität des Rechtsschutzes beeinträchtigen könne. Indessen nehmen wir eine Prozeßvermehrung auch in anderen Fällen in Kauf, etwa bei der Beschränkung einer Zuständigkeit auf die Prüfung einer bestimmten Anspruchsgrundlage, wie sie etwa dem Gerichtsstand des Erfüllungsorts im § 29 ZPO oder dem Tatortgerichtsstand des § 23 ZPO innewohnt. Zudem besteht bei einer auf den Vermögensgerichtsstand gestützten Zuständigkeit ohnehin nur geringe Aussicht auf eine ausländische Anerkennung eines deutschen Urteils. Der Hauptunterschied zur bisherigen Handhabung bestünde bei diesem Vorschlag deshalb darin,

---

[74] So aber *Schack*, IZVR, Rz. 328.

[75] *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 648.

[76] *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 644. Daß damit das Exorbitanzproblem der Vorschrift gelöst wäre, meint auch *Schack*, IZVR, Rz. 328.

daß bei seiner Umsetzung nicht mehr auf später ins Inland verbrachtes und die Streitwertobergrenze überschreitendes Vermögen zugegriffen werden könnte. Dies scheint als Beschränkung schon deshalb hinnehmbar, weil es der unterlegene Beklagte ohnehin in der Hand hat, einen solchen Vermögenszufluß nach Deutschland zu vermeiden. Außerdem gibt es ein ganzes Bündel prozessualer Maßnahmen, welches die praktischen Auswirkungen einer solchen Handhabung zum Nachteil des Klägers abmildern würde.[77]

*De lege lata* dürfte der Weg zu einer entsprechenden Rechtsfortbildung allerdings versperrt sein. Dies folgt – neben weiteren Erwägungen[78] – aus dem Prinzip der Klarheit und Gesetzlichkeit der Zuständigkeitsregeln, das seine Grundlage unter anderem in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG findet. Würde man die Anwendung des § 23 S. 1 Altern. 1 ZPO in dem besagten Sinne begrenzen, so wären die wesentlichen Voraussetzungen des Vermögensgerichtsstands nicht mehr dem Gesetz zu entnehmen. Einer entsprechenden Korrektur durch Richterrecht stünden daher zuständigkeitsrechtliche Prinzipien mit Verfassungsrang entgegen; sie muß daher unterbleiben. Nichts anderes gilt – schon wegen § 35 ZPO – für die Frage nach einer möglichen subsidiären, auf Fälle der Notzuständigkeit beschränkten Anwendung.

*b) Fazit*

Es mag paradox erscheinen, einerseits die Exorbitanz des § 23 ZPO zu beklagen, andererseits aber dem Versuch seiner richterrechtlichen Einschränkung entgegenzutreten. Ein solcher Standpunkt folgt jedoch zwingend aus den Eigentümlichkeiten des Zuständigkeitsrechts, das einerseits nach Materialisierung verlangt, bei dem jedoch die formellen Prinzipien der Klarheit und Vorhersehbarkeit zugleich ein materielles Prinzip von höchstem Rang darstellen.

Zuständigkeitsvorschriften eignen sich deshalb nicht für korrigierendes Voranschreiten von Fall zu Fall. Der Versuch einer richterrechtlichen Korrektur des § 23 ZPO ist verständlich, aber ein Irrweg.[79] Geboten wäre ein klarer Schnitt: Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht könnte dieses veranlassen zu klären, wie seine in der Entscheidung zur Beschlagnahme iranischer Bankkonten artikulierte Position, es sei alleine Aufgabe des Gesetzgebers, rechts- oder wirtschaftspolitisch unerwünschte Zuständigkeitsvorschriften zu ändern,[80] sich zu der in der 1. *Eurocontrol*-Entscheidung zu findenden Wendung steht, daß der Rechtsschutz vor den belgischen Handelsgerichten

---

[77] *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 647 und 668 f.
[78] *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 646.
[79] Dazu auch *W. Lüke*, ZZP 105 (1992), 321, 325 f.
[80] BVerfGE 64, 1 (20).

der Beschwerdeführerin nicht unzumutbar sei, woraus die allein im Einklang mit der allgemeinen Freiheitsvermutung des Art. 2 GG und mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip stehende Konsequenz zu ziehen ist, daß solche verfassungsrechtlichen Schranken existieren.[81]

## C. Internationalisierung

### *I. Allgemeine Kennzeichnung*

Ein weiterer allgemeiner Trend des Rechts der internationalen Zuständigkeit läßt sich in einer Internationalisierung der Perspektive erkennen. Diese Internationalisierung findet ihren dogmatischen Niederschlag vor allem in der eigenständigen prozessualen Behandlung der internationalen Zuständigkeit. Exemplarisch auch für diese Entwicklung ist also die Entscheidung des Großen Senats vom 14. 1. 1965 und die dort ausgesprochene Anerkennung der selbständigen Nachprüfbarkeit der internationalen Zuständigkeit in der Revisionsinstanz anführen[82] (mit der dort nicht explizit erklärten, aber in der Konsequenz heute anerkannten Einordnung der Internationalen Zuständigkeit als selbständige Prozeßvoraussetzung).

Über diese dogmatisch manifesten Auswirkungen hinaus wird die Internationalisierung des Rechts der internationalen Zuständigkeit erkennbar durch eine Internationalisierung der Perspektive bei der Abwägung der maßgeblichen Argumente. Lehrreich ist erneut gerade die Entscheidung vom 14. 1. 1965; denn die dort ausgesprochene dogmatische „Anerkennung" der internationalen Zuständigkeit beruht auch und gerade darauf, daß der Große Senat seinen Betrachtungen die Perspektive ausländischer Prozeßbeteiligter zugrunde legt und den Erfordernissen des zwischenstaatlichen Rechtsverkehrs großes Gewicht beimißt. Konkreter Gegenstand der Entscheidung war nämlich die gerade aus der Perspektive ausländischer Parteien bedeutsame Frage, ob § 549 Abs. 2 ZPO in der damals geltenden Fassung die revisionsgerichtliche Prüfung der Bejahung der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte ausschließt. Demgegenüber war nach der damals geltenden Fassung und auch später ohnehin niemals zweifelhaft, daß eine zu Unrecht erfolgte Verneinung der Zuständigkeit nachprüfbar ist.[83]

---

[81] *Pfeiffer* (o. Fn. 3), S. 16 f., 577–650; weitere Nachweise ebenda S. 577 f.

[82] S. o. I.

[83] Dazu BGH, ZZP 110 (1997), 353, 355 mit Anm. *Pfeiffer*, s. dort S. 360 zu der im Text angesprochenen Problematik.

Diese Entwicklungstendenz wirkt bis in die Auslegung einzelner Zuständigkeitsprobleme hinein. Als Beispiel mag zunächst eine Entscheidung vom 3. 12. 1993 dienen. Dort nimmt der BGH im Rahmen der spiegelbildlichen (§ 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) Anwendung des § 39 ZPO an, die Anerkennungszuständigkeit des Urteilsstaates werde nur dann durch rügelose Einlassung im dortigen Verfahren begründet, wenn eine solche Rüge nach dem dort geltenden Verfahrensrecht Erfolgsaussicht habe[84] – ein zutreffender Standpunkt, dessen Sinn sich erschließt, wenn man sich die Situation des Beklagten vor dem Gericht des Erststaates vor Augen führt: Nur mit Rücksicht auf die Regeln des Zweitstaates zur Anerkennungszuständigkeit bereits im erststaatlichen Erkenntnisverfahren eine Zuständigkeitsrüge vorbringen zu müssen, überfordert den Beklagten schon deshalb, weil er den Staat der späteren Vollstreckung nicht sicher vorhersehen kann. Ein mittelbarer Zwang zur Erhebung einer im Erststaat unbegründeten Zuständigkeitsrüge würde den Beklagten dazu nötigen, die Überzeugungskraft seiner eigenen Rechtsposition durch ein Vorbringen zu erschüttern, von dessen Richtigkeit er nicht einmal selbst überzeugt sein kann. Damit illustriert dieses Beispiel nicht nur die Wirkungsweise einer internationalen Perspektive, sondern auch deren unverzichtbaren Beitrag zur Richtigkeit der zu findenden Lösungen.

Nicht immer wird dies freilich mit der gebotenen Deutlichkeit ausgesprochen. So weist eine Entscheidung vom 21. 11. 1996,[85] die den Vorrang des in § 39 ZPO für die Zuständigkeitsrüge genannten spätestmöglichen Zeitpunkts vor den Regeln über die Präklusion verspäteten Vorbringens anerkennt, zwar auch auf die Besonderheiten des internationalen Rechtsverkehrs hin, ordnet das gefundene Ergebnis aber primär auf der Ebene des Rechtstechnischen ein. Erst eine nähere Analyse der Problematik offenbart, daß sich die behaupteten rechtstechnischen Unterschiede zwischen der örtlichen Zuständigkeit einerseits und der internationalen Zuständigkeit andererseits nicht begründen lassen und das gefundene (richtige) Ergebnis allein teleologisch begründbar ist:[86]

---

[84] *BGH*, NJW 1993, 1073 = LM H. 5/1993 § 328 ZPO Nr. 43 mit i. Erg. zust. Anm. *Pfeiffer*.

[85] BGHZ 134, 127 = ZZP 110 (1997), 353 mit Anm. *Pfeiffer*.

[86] Der BGH meint, die Einlassungsfrist sei für den in Deutschland verklagten Ausländer unverbindlich, denn die Zuständigkeit werde durch die rügelose Einlassung zur Hauptsache gemäß § 39 ZPO überhaupt erst begründet. Dies verkennt, daß das Prozeßrechtsverhältnis auch im grenzüberschreitenden Zivilprozeß allein durch die wirksame Zustellung begründet wird. Das Nichtvorliegen der internationalen Zuständigkeit mit der fehlenden Einlassungslast zu begründen, ist zirkulär, da das Nichtbestehen einer Einlassungslast ihrerseits die Folge der Unzuständigkeit ist. Die Argumentation des BGH ließe sich genauso auf die örtliche Zuständigkeit anwenden und kann daher die behaupteten Besonderheiten der internationalen Zuständigkeit nicht begründen; zum Ganzen *Stein/Jonas/Leipold*, 21. Aufl. 1997, § 296 ZPO, Rz. 117; *Pfeiffer*, ZZP 110 (1997), 360, 368 f.

Jede andere Handhabung würde zu dem wenig überzeugenden Ergebnis führen, daß eine ohne sofortigen Widerspruch bleibende Auslandszustellung der Klage grundsätzlich die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte begründen würde.[87]

## *II. „Inhaltsleere" internationale Zuständigkeit?*

Die Anerkennung der internationalen Zuständigkeit als eigenständige Prozeßvoraussetzung führt naturgemäß zu dogmatischen und praktischen Folgefragen. Die beispielsweise von *Kropholler* mit Recht artikulierte Bewertung, das deutsche Recht der internationalen Zuständigkeit habe sich in seinen Grundzügen bewährt,[88] beruht vor allem darauf, daß es die Rechtsprechung verstanden hat, diese Folgeprobleme im Kern befriedigend zu lösen.

Ein Problembereich, für den sich eine abschließende Lösung noch nicht gefunden hat, ist die Frage der sogenannten inhaltsleeren Zuständigkeit, bei der es darum geht, wie zu verfahren ist, wenn die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte zwar begründet ist, jedoch ein gesetzlich geregelter örtlich zuständiger Gerichtsstand fehlt. Eine mögliche Fallgestaltung konnte sich früher aus Art. 31 Abs. 1 CMR ergeben; insoweit hat allerdings der Gesetzgeber mit Einfügung des Art. 1 a in das CMR-Zustimmungsgesetz korrigierend eingegriffen.[89]

Eine scheinbar zwingende Konsequenz der Anerkennung der prozessualen Eigenständigkeit der internationalen Zuständigkeit gegenüber der örtlichen liegt darin, bei Bejahung der ersteren eine Verneinung der letzteren mit der Folge der Abweisung der Klage wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung für möglich zu halten. Hiervon geht auch der I. Zivilsenat in einer Entscheidung vom 1. 12. 1981 zu Art. 31 CMR aus.[90] Auch eine Entscheidung des IX. Zivilsenats vom 21. 7. 1996 hält an der Möglichkeit der Klageabweisung – jedenfalls dem Argumentationsduktus nach – grundsätzlich fest, nimmt aber eine wesentliche Einschränkung vor: Beruht die Gefahr der inhaltsleeren internationalen Zuständigkeit darauf, daß in den Vorinstanzen dieselbe doppelfunktionell für die örtliche und internationale Zuständigkeit maßgebliche Vorschrift verneint wurde, so ist dem Problem der inhaltsleeren Zuständigkeit durch eine teleologische Reduktion des § 549 Abs. 2 ZPO zu begegnen. Da die internationale Zuständigkeit ohnehin zu prüfen sei, würde die Anwen-

---

87 *Pfeiffer*, ZZP 110 (1997), 360, 367.
88 *Kropholler*, Hdb. IZVR I, Kap. III, Rz. 246.
89 BGBl. 1989 II, 586.
90 BGHZ 79, 332; dazu krit. *Kropholler*, NJW 1981, 1204.

dung des auf Prozeßwirtschaftlichkeit zielenden § 549 Abs. 2 ZPO auf die nach derselben Vorschrift zu bestimmende örtliche Zuständigkeit keinen weiteren Effektivitätsgewinn bewirken. Deshalb sei eine inhaltsleere internationale Zuständigkeit durch eine ausnahmsweise Erstreckung der revisionsgerichtlichen Prüfung auf die örtliche Zuständigkeit zu vermeiden.

Daß dieser Standpunkt in sich inkonsequent ist, konnte anderenorts bereits dargelegt werden:[91] Hält man eine Klage bei inhaltsleerer internationaler Zuständigkeit für grundsätzlich unzulässig, so steht mit dem Nichtvorliegen der Prozeßvoraussetzung der örtlichen Zuständigkeit aufgrund einer dahingehenden Entscheidung der Vorinstanzen die Unzulässigkeit der Klage endgültig fest. Eine Revision, die sich auf die fehlerhafte Verneinung der *internationalen* Zuständigkeit stützt, wäre also stets unbegründet, da die Klageabweisung mangels örtlicher Zuständigkeit nicht i. S. d. § 549 Abs. 1 ZPO auf der gegebenenfalls zu Unrecht verneinten internationalen Zuständigkeit beruht. Von diesem Standpunkt aus brauchte man bei bindend verneinter örtlicher Zuständigkeit in eine Prüfung der internationalen Zuständigkeit erst gar nicht einzutreten. Die Behauptung, man müsse bei doppelfunktionellen Vorschriften ohnehin die Voraussetzungen der fraglichen Gerichtsstandsvorschriften prüfen, so daß sich der Prozeßwirtschaftlichkeitszweck des § 549 Abs. 2 ZPO nicht erreichen lasse, ist folglich nicht überzeugend. Der in der Entscheidung vom 21. 11. 1996 vertretene Standpunkt, im Falle der Maßgeblichkeit doppelfunktioneller Zuständigkeitsvorschriften seien diese in der Revisionsinstanz unter dem Aspekt der internationalen Zuständigkeit zu prüfen, läßt sich deshalb nicht auf die Besonderheiten dieser Vorschriften zurückführen, sondern muß konsequenterweise immer gelten. Damit deutet sich an, daß die „Inhaltsleere" der internationalen Zuständigkeit grundsätzlich nicht die Abweisung der Klage rechtfertigt. Die Richtigkeit dieses Standpunkts zeigt sich, wenn man eine internationale Perspektive zugrunde legt:

Dem internationalen Rechtsverkehr signalisiert die gegenwärtige Praxis in den einschlägigen Fällen: Deutschland ist zuständig, aber das nirgendwo. Der Widersprüchlichkeit dieses Ergebnisses aus internationaler Perspektive entsprechen gewichtige Gründe des deutschen Rechts, die für eine Änderung der bisherigen Praxis sprechen.

Auf der Ebene des Verfassungsrechts ist zu beachten, daß der grundgesetzliche Anspruch auf Rechtsschutz die Institutsgarantie eines örtlich flächendeckenden Gerichtssystems mit entsprechenden zivilprozessualen Zugangsmöglichkeiten impliziert.[92] Diese Institutsgarantie ist verletzt, wenn die Klage vor den deutschen Gerichten an der Unauffindbarkeit eines örtlich zu-

[91] *Pfeiffer*, ZZP 110 (1997), 360, 366.

[92] *M. Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht, 6. Aufl. 1987, § 27 II 1, S. 268.

ständigen Gerichts scheitert. Von der Notwendigkeit des Bestehens einer Ersatzzuständigkeit für solche Fälle geht im übrigen auch das einfache Prozeßrecht in allen Fällen, in denen der Gesetzgeber das Problem gesehen hat, aus. Außerdem ist zu beachten, daß die Beschränkung der revisionsgerichtlichen Kognitionskompetenz durch § 549 Abs. 2 ZPO vor allem auch durch die berechtigte Erwartung begründet ist, daß die Qualität des Rechtsschutzes innerhalb Deutschlands von der Frage, welches örtlich zuständige Gericht entscheidet, unabhängig ist. Ein vollständigen Ausschluß des inländischen Rechtsschutzes ist durch diese *ratio* niemals gedeckt, und zwar unabhängig von der Maßgeblichkeit doppelfunktioneller Zuständigkeitsvorschriften.

Der BGH sollte also bei sich bietender Gelegenheit von der Möglichkeit der Klageabweisung wegen „inhaltsleerer" internationaler Zuständigkeit Abschied nehmen.

### *III. EuGVÜ und autonomes deutsches Prozeßrecht – insbesondere: die ungelöste Drittstaatenproblematik als Kernproblem der Internationalisierungstendenz*

Eine wesentliche Triebfeder der hier beschriebenen Entwicklungstendenz liegt in der Internationalisierung der Rechtsquellen. Die nach *Kegel* „wie Pilze aus der Erde"[93] schießenden Staatsverträge haben gerade im Recht der internationalen Zuständigkeit besonderes Gewicht, weil hier mit dem EuGVÜ/LugÜbk-System eine Rechtsquelle internationaler Provenienz zu beachten ist, die einen wesentlichen Teil des Rechts der internationalen Zuständigkeit durch unmittelbar geltendes Recht regelt und außerdem – obschon nicht dem Gemeinschaftsrecht, sondern dem Völkervertragsrecht zugehörig – aufgrund ihres durch Art. 293 EGV und des EuGVÜ-Auslegungsprotokolls vermittelten Zusammenhangs zum Gemeinschaftsrecht von der europäischen Integrationsdynamik profitiert.

Der BGH hat diesen Aspekt der Rechtsentwicklung in mehrfacher Hinsicht mitgeprägt und in seinem Rahmen eigene Akzente gesetzt. Zu nennen sind zuvörderst die Fülle von Entscheidungen, durch die der BGH an der Fortentwicklung der Zuständigkeitsregeln des EuGVÜ, namentlich auch durch Vorlage an den EuGH,[94] teilnimmt.[95] Auch im Rahmen desjenigen

---

[93] Internationales Privatrecht, Vorwort zur 2. Aufl. 1964.

[94] Siehe hierzu insbes. die Vorlageentscheidungen *BGH*, RIW/AWD 1976, 295; *BGH*, RIW/AWD 1976, 296; *BGH*, RIW/AWD 1978, 475; *BGH*, RIW 1981, 123; *BGH*, IPRspr. 1983 Nr. 139; *BGH*, IPRax 1985, 280; *BGH*, RIW 1987, 623; *BGH*, WM 1991, 360; *BGH*, EuZW 1992, 514; *BGH*, RIW 1993, 671; *BGH*, RIW 1995, 410; *BGH*, WM 1996, 980.

[95] *BGHZ* 116, 77 = NJW 1993, 1070.

Teils des Rechts der internationalen Zuständigkeit, in dem der BGH als Höchstgericht fungiert, hat sich seine Rechtsprechung für die aus dem EuGVÜ/LugÜbk erwachsenden europäischen Impulse offen erwiesen. So hat wurde beispielsweise die Bestimmung des § 38 ZPO, soweit sie Art. 17 EuGVÜ nachgebildet ist,[96] im Einklang mit dieser Vorschrift auslegt.[97]

Zu den „großen" ungelösten Fragen des EuGVÜ gehört indessen bekanntlich seine Reichweite in Fällen mit bloßem Drittstaatenbezug. Der BGH lehnt sowohl im Rahmen des Art. 2 EuGVÜ als auch des Art. 17 EuGVÜ, soweit es an einem Bezug zu einem weiteren Vertragsstaat fehlt, eine Anwendung des Übereinkommens grundsätzlich ab.[98] Die hiermit zusammenhängenden Argumente sind vielfach erwogen worden; darauf soll verwiesen werden.[99]

Für den Umfang der Internationalisierung des Rechts der internationalen Zuständigkeit ist dieser Punkt von weitreichender Bedeutung, weshalb die „Anhänger" einer Anwendung des EuGVÜ unabhängig von einem Bezug zu verschiedenen Vertragsstaaten auf den nützlichen rechtsvereinheitlichenden Effekt ihres Standpunkts hinweisen, wohingegen die „Gegner" eines solchen Standpunkts gerade darauf verweisen, daß eine derart weitreichende Vereinheitlichungswirkung des Übereinkommens mit nahezu vollständiger Verdrängung des nationalen Prozeßrechts durch das Übereinkommen nicht gewollt sei.

Praktisch wird die hierüber bestehende Kontroverse nur durch den EuGH beseitigt werden können. Dessen Tätigwerden setzt freilich voraus, daß ihm im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens Gelegenheit hierzu gegeben wird. Diese sollte also bei sich bietender Möglichkeit durch entsprechende Vorabentscheidungsersuchen geschaffen werden. Der BGH könnte sich dadurch das Verdienst erwerben, den Anstoß für die Klärung dieser für die Internationalisierung der Rechtsquellen des Zuständigkeitsrechts über Deutschland hinaus zentrale Frage zu geben.

---

[96] Zur Notwendigkeit einer solchen Einschränkung s. *Schack*, Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Zivilprozeßrecht, ZZP 107 (1994), 279, 292.

[97] BGHZ 116, 77 = NJW 1993, 1070.

[98] Zu Art. 2 EuGVÜ: *BGHZ* 109, 29 = NJW 1990, 317; zu Art. 17 EuGVÜ *BGHZ* 116, 77 = NJW 1992, 1070; *BGH*, NJW 1989. 1431; *BGH*, NJW 1986, 1438.

[99] Statt vieler *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 2 EuGVÜ, Rz. 68 ff.; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, vor Art. 2 EuGVÜ, Rz. 8 ff.; *Schack*, IZVR, Rz. 238 ff.; wegen meiner eigenen Stellungnahme (im Rahmen des Art. 17 EuGVÜ) verweise ich auf *Pfeiffer*, Handbuch der Handelsgeschäfte, 1999, § 22, Rz. 4.

## D. Ausblick

Wie oftmals, so liegt es auch hier: Für das Unstreitige ist nur am Rande Raum, zu diskutieren sind die Differenzen. Der *Verfasser* hofft, der Beitrag möge gleichwohl deutlich werden lassen, daß es die große Leistung des *Jubilars* ist, Materialisierung und Internationalisierung mit Recht als die beiden „großen" Herausforderungen des Rechts der Internationalen Zuständigkeit aufgegriffen und ohne Brüche sowie im Kern sachgerecht bewältigt zu haben. Der weiteren Fortentwicklung dieses Rechtsgebiets durch den *Bundesgerichtshof* kann daher mit zuversichtlicher Erwartung entgegengesehen werden.

In legislatorischer Hinsicht steuert das Recht der internationalen Zuständigkeit indessen auf einen möglichen Wendepunkt zu. Sollten die weitreichenden Vorhaben der EG infolge der aus dem Amsterdamer Vertrag herausgelesenen Rechtssetzungskompetenzen auf dem Gebiet des internationalen Zivilprozeßrechts geltendes Recht werden,[100] so werden weitere Kompetenzverlagerungen von „Karlsruhe" nach „Luxemburg" auf dem Gebiet des Zuständigkeitsrechts eintreten.[101]

Die Folgen einer solchen Verlagerung sind einstweilen schwer absehbar. Unklar ist beispielsweise, wie der EuGH die Menge der Vorlagefälle bewältigen soll, die angesichts des ständig wachsenden Europäischen Privat- und Prozeßrechts auf ihn zukäme, wenn in allen Mitgliedstaaten hinsichtlich sämtlicher Rechtsquellen mit der Vorlagepflicht im eigentlich gebotenen Umfang Ernst gemacht würde. Bedeutungslos wird die Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* auf dem Gebiet der internationalen Zuständigkeit nicht werden, weil erstens mit zunehmender Stoffmenge des EG-Rechts dessen Interpretation durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und deren vergleichende wissenschaftliche Analyse mehr Gewicht zukommen wird und zweitens eine vollständige Verdrängung des autonomen mitgliedstaatlichen Rechts einstweilen nicht zu besorgen ist.

---

100 Dazu etwa *Kohler*, Interrogation sur les sources du droit international privé européen aprês le traité d'Amsterdam, Rev. crit. dr. int. priv. 88 (1999), 1; *Pfeiffer*, Die Entwicklung des Internationalen Vertrags-, Schuld- und Sachenrechts 1997–1999, NJW 1999, 3174.

101 Überblick bei *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 1999 – Die Abendstunde der Staatsverträge, IPRax 1999, 401.