

Die Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen durch Vereinbarung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs

THOMAS PFEIFFER

I. EINLEITUNG

Während das deutsche Prozessrecht gegenüber Gerichtsstandsvereinbarungen, prozessual betrachtet, stets einen wirksamkeitsfreundlichen Standpunkt eingenommen hat, misst die herrschende Praxis solchen Vereinbarungen im Rahmen dieser Wirksamkeit alsdann aufgrund der Einordnung als materiell-rechtlicher Vertrag mit prozessualer Wirkung nur begrenzte Rechtsfolgen zu. Diese beschränken sich auf den Prorogations- und den Derogationseffekt, also die so genannte prozessuale Verfügungswirkung der Gerichtsstandsvereinbarung. Eine schuldrechtliche Verpflichtungswirkung wird dagegen nicht anerkannt. Erhebt eine Partei entgegen der Gerichtsstandsvereinbarung Klage im Ausland, so gibt die Praxis – von Ausnahmen abgesehen – weder einen Anspruch auf Unterlassung noch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der in der abredewidrigen Klageerhebung im Ausland liegenden Vertragsverletzung. Ein »Right not be sued abroad« wird in Deutschland nicht anerkannt; »anti-suit injunctions« werden durch deutsche Gerichte nicht erlassen. An dieser Praxis ist im Schrifttum zum Teil Kritik geübt worden;¹ dem soll hier nicht weiter nachgegangen werden.

Vielmehr gehen die nachfolgenden Überlegungen der bislang nur andeutungsweise erörterten Frage nach,² inwieweit ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch – wenn er denn nicht schon kraft Gesetzes besteht – vereinbart werden kann. Darauf aufbauend kann gefragt werden, ob eine zusätzliche Absicherung durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe möglich ist.

1 *Otto Sandrock* Gerichtsstandsklausel und Erstattung von Prozesskosten, RIW 2004, 809–816.

2 *Sandrock* RIW 2004, 809, 814, Fußn. 47 mit Hinweis auf einen Diskussionsbeitrag von *Werner Müller*. Der Verfasser des vorliegenden Beitrags war bei der von *Sandrock* erwähnten Veranstaltung zugegen.

II. BEDARF

Der Bedarf für die schuldrechtliche Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen ist ein doppelter:

Einmal besteht die Gefahr, dass die Prorogation der ausschließlichen Zuständigkeit deutscher Gerichte durch ausländische Gerichte, etwa infolge der Nachwirkung³ der non-ouster-Doktrin des Common Law, namentlich in den U.S.A., nicht anerkannt wird. Aber auch, wenn die Derogation einer sonst bestehenden U.S.-Zuständigkeit als wirksam angesehen wird, bleibt in den U.S.A.-Fällen das Kostenproblem, namentlich die häufig sehr hohen Anwaltskosten, die eine Prozessführung in den U.S.A. mit sich bringt. Für diese Kosten erhält eine Partei, selbst wenn sie obsiegt, nach der so genannten American rule, die eine Erstattung der Anwaltskosten ausschließt, bekanntlich im Grundsatz keinen Ersatz.⁴

3 Dem Phänomen der Nachwirkung begegnet der Verfasser in der auslandsrechtlichen Gutachtenpraxis des Heidelberger Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht ständig: Rechtsinstitute oder Theorien, die in einer Rechtsordnung aufgegeben wurden, können das Rechtsdenken nachhaltig beeinflusst haben und deshalb trotz ihrer Aufgabe fortwirken.

4 Unzutreffend ist freilich die mitunter verbreitete Auffassung, es gebe überhaupt keine Kostenerstattung. So formuliert der Supreme Court die »American Rule« wie folgt: »The rule here has long been that attorney's fees are not ordinarily recoverable in the absence of a statute or enforceable contract providing therefor... Limited exceptions to the American rule have, of course, developed. They have been sanctioned by this Court when overriding considerations of justice seemed to compel such a result.« *Fleischmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co.*, 1967, 87 S.Ct. 1404, 1407, 386 U.S. 714, 717-718, 18 L.Ed.2d 475. Die »American Rule« spiegelt sich wieder in der prozessualen Behandlung der Kosten in Rule 54 der Federal Rules of Civil Procedure:

Rule 54. Judgments; Costs

(a) Definition; Form. »Judgment« as used in these rules includes a decree and any order from which an appeal lies. A judgment shall not contain a recital of pleadings, the report of a master, or the record of prior proceedings.

(b) Judgment Upon Multiple Claims or Involving Multiple Parties. When more than one claim for relief is presented in an action, whether as a claim, counterclaim, cross-claim, or third-party claim, or when multiple parties are involved, the court may direct the entry of a final judgment as to one or more but fewer than all of the claims or parties only upon an express determination that there is no just reason for delay and upon an express direction for the entry of judgment. In the absence of such determination and direction, any order or other form of decision, however designated, which adjudicates fewer than all the claims or the rights and liabilities of fewer than all the parties shall not terminate the action as to any of the claims or parties, and the order or other form of decision is subject to revision at any time before the entry of judgment adjudicating all the claims and the rights and liabilities of all the parties.

(c) Demand for Judgment. A judgment by default shall not be different in kind from or exceed in amount that prayed for in the demand for judgment. Except as to a party against whom a judgment is entered by default, every final judgment shall grant the relief to which the party in whose favor it is rendered is entitled, even if the party has not demanded such relief in the party's pleadings.

(d) Costs; Attorneys' Fees.

Zum anderen besteht auch ein Problem innerhalb Europas. Unter Ausnutzung der Europäischen Rechtshängigkeitsregeln (Art. 27 EUGVVO, Art. 21 EuGVÜ, Art. 21 LugÜbk) kann sich eine Partei der Waffe des »Torpedos« bedienen, um durch Klage in einem unzuständigen, für seine Langsamkeit bekannten Forum eine Entscheidung durch das zuständige Gericht über einen langen Zeitraum zu verzögern.⁵ Diese Gefahr besteht im Übrigen nicht nur in grenzüberschreitenden Fällen. Da die Geltung der Rechtshängigkeitsregeln nur vom Vorliegen zweier Klagen in verschiedenen Mitgliedstaaten abhängt und keine weitere Auslandsberührung verlangt,⁶ besteht »Torpedo-Gefahr« auch in rein nationalen Fällen.⁷ Selbst wenn ein etwaiger Verzögerungsschaden unter dem Gesichtspunkt des Verzugs oder aufgrund eines Anspruchs auf Prozesszinsen ersatzfähig sein sollte, bleibt jede Verzögerung stets misslich, schon weil sie das Risiko der Uneinbringlichkeit erhöhen und die eigene Liquidität beeinträchtigen kann.

(1) Costs Other than Attorneys' Fees. Except when express provision therefor is made either in a statute of the United States or in these rules, costs other than attorneys' fees shall be allowed as of course to the prevailing party unless the court otherwise directs; but costs against the United States, its officers, and agencies shall be imposed only to the extent permitted by law. Such costs may be taxed by the clerk on one day's notice. On motion served within 5 days thereafter, the action of the clerk may be reviewed by the court.

(2) Attorneys' Fees.

(A) Claims for attorneys' fees and related nontaxable expenses shall be made by motion unless the substantive law governing the action provides for the recovery of such fees as an element of damages to be proved at trial.

(B) Unless otherwise provided by statute or order of the court, the motion must be filed no later than 14 days after entry of judgment; must specify the judgment and the statute, rule, or other grounds entitling the moving party to the award; and must state the amount or provide a fair estimate of the amount sought. If directed by the court, the motion shall also disclose the terms of any agreement with respect to fees to be paid for the services for which claim is made.

(C) On request of a party or class member, the court shall afford an opportunity for adversary submissions with respect to the motion in accordance with Rule 43(e) or Rule 78. The court may determine issues of liability for fees before receiving submissions bearing on issues of evaluation of services for which liability is imposed by the court. The court shall find the facts and state its conclusions of law as provided in Rule 52(a).

(D) By local rule the court may establish special procedures by which issues relating to such fees may be resolved without extensive evidentiary hearings. In addition, the court may refer issues relating to the value of services to a special master under Rule 53 without regard to the provisions of Rule 53(a)(1) and may refer a motion for attorneys' fees to a magistrate judge under Rule 72(b) as if it were a dispositive pretrial matter.

(E) The provisions of subparagraphs (A) through (D) do not apply to claims for fees and expenses as sanctions for violations of these rules or under 28 U.S.C. § 1927.

5 Dazu etwa *Reinhold Thode* Windhunde und Torpedos – Anderweitige Rechtshängigkeit im Europäischen Zivilprozess, *BauR* 2005, 1533–1540.

6 *Jan Kropholler* Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2005, vor Art. 27 EuGVVO, Rn. 2.

7 *Thode* *BauR* 2005, 1533, 1535 f.

III. MATERIELL-RECHTLICHER KOSTENERSTATTUNGSANSPRUCH AUFGRUND VERTRAGLICHER ÜBERNAHME

Es ein anerkannter Grundsatz, dass im deutschen Recht neben der prozessualen Kostenerstattungspflicht auch ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch bestehen kann. Sein Eingreifen wird meist für den Fall der »Erledigung« eines Rechtsstreits zwischen der Klageeinreichung und dem Eintritt der Rechtshängigkeit unter dem Gesichtspunkt des Eintritts eines Verzugsschadens erörtert. Es ist jedoch nicht zweifelhaft, dass auch andere Anspruchsgrundlagen einen Anspruch auf Erstattung von Prozesskosten rechtfertigen können.⁸ Insbesondere kann eine Pflicht zur Erstattung von Prozesskosten durch vertragliche Vereinbarung wirksam begründet werden.⁹ Freilich besteht die Besonderheit der vorliegend erörterten Problematik darin, dass ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch vertraglich gegen die Kostenerstattungsregeln des insoweit maßgebenden ausländischen Prozessrechts begründet werden soll.

Im deutschen Recht ist diese Konstellation bereits verschiedentlich erörtert worden; und es besteht Einvernehmen, dass die vertragliche Begründung einer materiell-rechtlichen Kostenerstattungspflicht auch gegen die prozessualen Kostenerstattungsregeln kraft der hierfür geltenden schuldrechtlichen Vertragsfreiheit wirksam möglich ist. Das (deutsche) prozessuale Kostenerstattungsrecht enthält demgegenüber keine in dem Sinne zwingenden, nicht dispositiven Vorschriften, dass hierdurch auf der Ebene des Schuldrechts abweichende Vereinbarungen ausgeschlossen wären.¹⁰ Verneint wird lediglich – und wohl überwiegend – eine so genannte prozessrechtliche Verfügungswirkung: Die materiell-rechtliche Kostenerstattungsvereinbarung verdrängt danach nicht die §§ 91 ff. ZPO und ermöglicht keine auf dieselbe gestützte prozessuale Kostenentscheidung (als Nebenentscheidung); vielmehr bedarf es der gesonderten Geltendmachung, ggf. durch eine selbständige Klage.¹¹ Allein um letzteres geht es auch im vorliegenden Kontext: Denn ein Ersatzanspruch wegen des im Ausland entgegen der Gerichtsstandsklausel anhängig gemachten Verfahrens bedarf ohnehin einer solchen separaten Geltendmachung.

Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit hinsichtlich solcher Vereinbarungen besteht also insbesondere insoweit, als diese von einer im ausländischen Prozessrecht bestehenden Kostenregel abweichen.

8 Eingehend *Ekkehard Becker-Eberhard* Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, 1985, S. 92 ff.

9 *Walter Gierl* in: Ingo Saenger (Hrsg.) Zivilprozessordnung – Handkommentar, 2006, vor § 91 ZPO, Rn. 14.

10 Zum Ganzen BGH, 6. 3. 1952, BGHZ 5, 251–259; *LAG Hamm* 13. 3. 1954, NJW 1954, 1504; *Becker-Eberhard* (Fn. 8) S. 211 f.

11 Etwa *LAG Hamm* 13. 3. 1954, NJW 1954, 1504; ausführlich zum Diskussionsstand *Becker-Eberhard* (Fn. 8) S. 212 ff.

IV. KOLLISIONSRECHTSFRAGEN

Die vorstehenden Überlegungen zur Vereinbarung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs gelten im Rahmen des deutschen Schuldrechts. Sie setzen dessen kollisionsrechtliche Anwendbarkeit mithin voraus. Diese ist indessen keineswegs selbstverständlich.

1. *Schuldrechtliche Qualifikation*

Die kollisionsrechtliche Anwendbarkeit schuldrechtlicher Regeln des deutschen Rechts setzt zunächst voraus, dass die Regeln über die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen schuldrechtlich zu qualifizieren sind. Das erfordert insbesondere eine Abgrenzung zu den Regeln des internationalen Prozessrechts. Auf der Grundlage der deutschen *lex fori* wäre eine schuldrechtliche Qualifikation nicht zweifelhaft. Indessen geht es hier um Absicherung der Prorogation eines deutschen Gerichts in einem internationalen Fall, so dass die Prorogation als solche Art. 23 EuGVVO unterliegt. Soweit dieser Geltung beansprucht, sind seine Maßgaben umfassend und abschließend; nationales Recht wird verdrängt.¹² Art. 23 EuGVVO erfasst jedoch lediglich den Prorogationseffekt von Gerichtsstandsvereinbarungen. Charakteristisch für den insoweit bestehenden Vorranganspruch ist, dass er zwar auch über das Prozessrecht hinaus etwa gegenüber dem nationalen AGB-Recht gilt.¹³ Maßgebend und erforderlich für das Eingreifen dieses Vorrangs ist aber stets, dass es um die prozessuale Wirksamkeitsbeurteilung einer Prorogationsvereinbarung geht. Darüber hinaus wird lediglich noch eine Erstreckung im Wege der Analogie auf Derogationsvereinbarungen vertreten.¹⁴ Demgegenüber bleibt das Prozesskostenrecht von der Verordnung grundsätzlich unberührt. Art. 23 EuGVVO beansprucht insofern keinen das nationale Schuldrecht verdrängenden Vorrang. Dem entspricht, dass eine prozessrechtliche Qualifikation kollisionsrechtlich-funktionell nur dann in Frage käme, wenn die Rechtsfolgen einer Kostenerstattungsvereinbarung über einen bloßen schuldrechtlichen Gehalt hinausgingen, was nicht der Fall ist.

2. *Verstoß gegen das Zuständigkeitssystem der Brüssel I-VO bei innergemeinschaftlicher Anwendung einer Kostenerstattungsabrede?*

Allerdings könnte es – soweit es um innergemeinschaftliche Fälle geht – mit dem Zuständigkeitssystem der Verordnung unvereinbar sein, wenn das Zuständigkeitssystem der Verordnung mit den Mittel einer Kostenerstattungsabrede modifiziert

¹² Peter Mankowski in: Thomas Rauscher (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, 2004, Art. 23 EuGVVO, Rn. 10.

¹³ Mankowski (Fn. 12) Art. 23 EuGVVO, Rn. 12.

¹⁴ Mankowski (Fn. 12) Art. 23 EuGVVO, Rn. 7.

oder gar konterkariert wird. Soweit es nämlich um Unterlassungsverfügungen gegen eine ausländische Prozessführung (anti-suit injunctions) geht, hat der Europäische Gerichtshof diese in der *Turner*-Entscheidung für unvereinbar mit dem Zuständigkeitssystem des Europäischen Zivilprozessrechts gehalten.¹⁵ Ausschlaggebend hierfür war, dass der Gerichtshof in anti-suit injunctions zwar keinen unmittelbaren Verstoß gegen eine konkrete Vorschrift des (dort noch anwendbaren) Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens gesehen hat, aber der Auffassung war, solche Unterlassungsverfügungen könnten die praktische Wirksamkeit des Übereinkommens beeinträchtigen, weil sie das ausländische Gericht an der Wahrnehmung seiner Zuständigkeit hindern und zu widersprüchlichen Entscheidungen führen könnten. Überträgt man dies auf Kostenerstattungsansprüche für ausländische Prozessführung, so wird man differenzieren müssen: Eine Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Übereinkommens durch Kostenerstattungsansprüche kann nämlich in der Tat drohen, wenn einer Partei die Pflicht zur Kostenerstattung für ein Verfahren auferlegt wird, in dem diese Partei obsiegt hat. Dann nämlich wird das Zusammenwirken von Rechtshängigkeits- und Zuständigkeitsregeln nach der Verordnung praktisch dadurch erheblich beeinträchtigt, dass einer Partei Nachteile aus dem bloßen Umstand erwachsen, dass sie ein Gericht angerufen hat, das nach eigener Auffassung zuständig war – etwa weil es eine Klausel mit einer ausschließlichen Prorogation deutscher Gerichte (rechtsirrig) für unbeachtlich hält. Eine hiervon (potentiell) abweichende Beurteilung des deutschen Gerichts aufgrund einer ausschließlichen Prorogationsabrede ändert an der EG-prozessrechtlichen Legitimität dieser Beurteilung durch das ausländische Gericht nichts; denn es ist ein Strukturprinzip der Brüssel I-VO, dass innerhalb der Gemeinschaft jedes Gericht seine Zuständigkeit in eigener Verantwortung beurteilt.¹⁶ Dieses Prinzip gilt gerade auch im Zusammenhang mit Zuständigkeitsvereinbarungen, wie die Nichterwähnung der ausschließlichen Prorogation in Art. 35 Abs. 1 EuGVVO zeigt.

Damit ist festzuhalten: Vereinbarte Kostenerstattungsansprüche wegen ausländischer Prozessführung sind schuldvertragsrechtlich zu qualifizieren. Art. 23 EuGVVO steht der Anwendung nationalen Schuldrechts nicht entgegen. Allerdings dürfen gerichtliche Entscheidungen, die eine materiell-rechtlich begründete Erstattungspflicht hinsichtlich ausländischer Verfahrenskosten aussprechen, nicht die praktische Wirksamkeit des Zuständigkeitssystems der Brüssel I-VO beeinträchtigen. Insbesondere darf die praktische Wirksamkeit der in der Verordnung vorgesehenen Eröffnung von Zuständigkeiten nicht beeinträchtigt werden. Die schuldrechtliche Begründung vertraglicher Kostenerstattungsansprüche verstößt hiernach dann gegen die Verordnung, wenn diese Ansprüche erstens ein Verfahren vor dem Gericht eines anderen Mitgliedstaates betreffen, zweitens spezifisch zuständigkeitsrechtlichen Zwecken, namentlich der Absicherung einer Gerichtsstandsvereinbarung, dienen und drittens einer Partei die Kosten des ausländischen Verfahrens auf-

15 EuGH 27. 4. 2004, Rs. C-159/02, Slg. 2004 I-3565 – *Turner/Grovit*.

16 EuGH 27. 4. 2004, Rs. C-159/02, Slg. 2004 I-3565, Rn. 28 – *Turner/Grovit*.

erlegen, obwohl sie in diesem Verfahren obsiegt hat. Schließlich darf ein deutsches Gericht nicht nochmals über die Kosten entscheiden, soweit bereits eine im Inland anzuerkennende rechtskräftige Kostenentscheidung vorliegt.

Bedenkenfrei wirksam bleiben aber auch innergemeinschaftlich alle Klauseln, welche eine schuldrechtliche Kostenerstattungspflicht derjenigen Partei vorsehen, die entgegen einer ausschließlichen Prorogation deutscher Gerichte im EG-Ausland Klage erhebt und dort nicht obsiegt.

Anders liegt es bei einer Klausel, die im Falle einer vereinbarungswidrigen Klageerhebung außerhalb der Mitgliedstaaten, namentlich in den U.S.A. eingreift. Hier ist eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Zuständigkeitssystems nicht zu befürchten. Solche Klauseln werden vom Verbot, die praktische Wirksamkeit des Zuständigkeitssystems der Verordnung zu beeinträchtigen, nicht erfasst; das Gemeinschaftsrecht steht ihrer Vereinbarung nicht entgegen.

3. Geltung deutschen Schuldrechts

Die Geltung des deutschen Schuldrechts ist ferner deshalb problematisch, weil die Vereinbarung einer ausschließlichen Zuständigkeit deutscher Gerichte zwar meist, aber nicht zwingend mit der Anwendbarkeit deutschen Rechts einhergeht. Gilt deutsches Schuldrecht, so sind solche Kostenerstattungsvereinbarungen selbst dann wirksam, wenn die ausländische prozessuale *Lex fori* sie verbieten sollte. Solche ausländischen Verbotsnormen könnten allenfalls als ausländische Eingriffsnormen (Art. 7 Abs. 1 EVÜ) die in Deutschland geltende Rechtslage beeinflussen. Bekanntlich jedoch erkennt die Rechtsprechung ausländischen Eingriffsnormen ungeachtet ihres eigenen Geltungswillens bei Anwendbarkeit deutschen Schuldrechts keine kollisionsrechtliche Geltung zu, sondern berücksichtigt diese lediglich als Tatsache bei der Anwendung deutscher Schuldrechtsvorschriften, namentlich im Rahmen der §§ 138, 242, 275 und 313 BGB.¹⁷ Damit wäre ein etwaiges ausländisches prozessrechtliches Verbot solcher Abreden nur dann zu beachten, wenn eine Kostenerstattungsabrede infolge ihres Verstoßes gegen ausländisches Prozessrecht auch im Inland als sittenwidrig gälte oder die Berufung hierauf als treuwidrig anzusehen wäre. Beides ist jedoch zu verneinen, weil die Berücksichtigung im Rahmen dieser Generalklauseln eine Wertungsübereinstimmung der ausländischen Verbotsnorm mit dem deutschen Recht voraussetzt.¹⁸ Diese ist jedoch gerade nicht gegeben. Denn erstens geht es um Kosten eines im Ausland trotz ausschließlicher Prorogation deutscher Gerichte anhängig gemachten Rechtsstreits; insofern fehlt es aus der Sicht des Inlands an einem schutzwürdigen Interesse, das die Anwendung der besagten Generalklauseln rechtfertigen könnte; zweitens geht das deutsche Recht – wie ge-

17 BGH, 21. 12. 1960, BGHZ 34, 169–178, BGH, 22. 6. 1972, BGHZ 59, 82–89; BGH, 29. 7. 1977, BGHZ 69, 295–302.

18 Vgl. *Christian v. Bar/Peter Mankowski Internationales Privatrecht*, Band I, 2003, § 4, Rn. 129.

zeigt – gerade von der Zulässigkeit von Kostenerstattungsabreden gegen das geltende Prozessrecht aus.

4. Gespaltene Rechtswahl

Art. 27 Abs. 1 EGBGB lässt eine gespaltene oder auf einen Teil eines Schuldverhältnisses bezogene Rechtswahl (*depeçage*) ausdrücklich zu. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen ist es, dass die Teilrechtswahl einen rechtlich abspaltbaren Teil des Vertragsgefüges betrifft. Die Anwendbarkeit unterschiedlicher Rechte darf nicht zu einer widersprüchlichen Rechtslage im Hinblick auf das Vertrags- oder Schuldverhältnis als Ganzes führen. Nach diesem Maßstab betrifft eine Teilrechtswahl für die materiell-rechtliche Kostenerstattungsabrede einen eigenständigen Anspruch, dessen Ausgestaltung von der Gestaltung des sonstigen Vertragsverhältnisses unabhängig ist. Eine Teilrechtswahl ist also wirksam möglich.

V. RECHTSLAGE IN DEN U.S.A.

Die Vereinbarung oder gesetzliche Anordnung der Anwendung deutschen Rechts erspart die Nachprüfung, ob in einem – sonst in Betracht kommenden – ausländischen Recht derartige Vereinbarungen möglich sind. In dem praktisch besonders bedeutsamen Fall der Missachtung der Zuständigkeitsvereinbarung durch Klage in den U.S.A. dürfte, wenn weder deutsches Recht noch das UN-Kaufrecht anwendbar ist, das Vertragsrecht eines amerikanischen Bundesstaates gelten. Auch in den U.S.A. ist eine schuldvertragliche Vereinbarung über die Pflicht zur Erstattung der Anwaltskosten zugunsten der obsiegenden Partei wirksam möglich, ohne dass zwingendes Prozessrecht entgegensteht.¹⁹ Das unterstreicht nicht nur die Praktikabilität, sondern auch die internationale Kompatibilität der hier erörterten kautelar-juristischen Gestaltung ebenso wie die Richtigkeit einer schuldrechtlichen Qualifikation

¹⁹ Aus der Rechtsprechung der Bundesgerichte: *Mayer v. Spanel Intern. Ltd.*, 51 F.3d 670 (C.A. 7th Cir.1995); *Northwest Airlines, Inc. v. Flight Trails*, 3 F.3d 292 (C.A.8th Cir. 1993); *Tang How v. Edward J. Gerrits, Inc.*, 961 F.2d 174 (C.A.11th, 1992); *Spinks v. Chevron Oil Co.*, 507 F.2d 216 (C.A.5th, 1975); *North Drive-In Theatre Corp. v. Park-In Theatres, Inc.*, 248 F.2d 232.(C.A.10th, 1957). Aus New York z.B.: *U.S. Underwriters Ins. Co. v. City Club Hotel LLC*, 3 N.Y.2d 592, 597, 789 N.Y.S.2d 470, 472 (2004).

VI. VEREINBARUNG DURCH AGB

1. Ausgangslage

Eine AGB-Kontrolle von internationalen Gerichtsstandsklauseln wird im Anwendungsbereich der Brüssel I-VO durch deren Vorrang ausgeschlossen; dieser Anwendungsbereich erfasst aber, wie schon ausgeführt, nur die Prorogation und Derogation selbst, nicht jedoch etwaige zur schuldrechtlichen Flankierung der Gerichtsstandsvereinbarung vereinbarte Kostenerstattungsklauseln. Nationales AGB-Recht kann deshalb anwendbar sein. Ernsthaft relevant ist die Wirksamkeit formularmäßiger Kostenerstattungsklauseln allerdings nur im Unternehmensverkehr (§ 310 Abs. 1 BGB), zumal bei Verbraucherverträgen die Schranken des Art. 17 EuGVVO zu beachten sind.

Geht man dementsprechend von der Anwendbarkeit der Vorschriften über die AGB-Kontrolle im Unternehmensverkehr (§§ 307, 310 Abs. 1 BGB) aus, so sind zunächst die Grundsätze in Erinnerung zu rufen, die für die Beurteilung von Prozesskostenklauseln im nationalen Recht gelten. Danach sind Kostentragungsklauseln, welche dem Vertragspartner abweichend von den §§ 91 ff. ZPO Kostentragungspflichten auferlegen, grundsätzlich unwirksam. Das gilt namentlich für eine Erstattung der Kosten der vorprozessualen Sachbearbeitung.²⁰ Als wirksam wird allerdings angesehen, wenn sich der Verwender im Falle einer Lieferung unter Eigentumsvorbehalt einen Ersatzanspruch für den Fall ausbedingt, dass er eine Freigabe des Vorbehaltsguts gegen einen Gläubiger des Käufers mit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erstreiten muss.²¹

Als Grundgedanke der gesetzlichen Regelung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist für das deutsche Kostenrecht das Veranlassungsprinzip, also die Kostenzuweisung nach Verantwortungsgesichtspunkten, anzusehen.²² Die Maßgeblichkeit dieses Grundgedankens zeigt sich sowohl darin, dass formularmäßige Abweichungen von den Kostenregeln der §§ 91 ff. ZPO grundsätzlich nicht akzeptiert werden, als auch darin, dass der Verkäufer die Kosten einer Drittwiderspruchsklage gegen den Gläubiger des Käufers auf den Käufer abwälzen darf.

Soweit es um die Kosten einer ausländischen Prozessführung geht, lässt sich hieraus folgern, dass jedenfalls die bloße äußere Abweichung von einem ausländischen Kostenrecht nicht geeignet ist, zur AGB-rechtlichen Unzulässigkeit der formularmäßigen Begründung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs zu führen. Vielmehr legt das Veranlassungsprinzip der §§ 91 ff. ZPO eine Unterschei-

20 *Helmut Heinrichs* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl. 2006, § 307 Rn. 138; *Manfred Wolf* in: Manfred Wolf/Norbert Horn/Walter Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl. 1999, § 9, Rn. P 21–23; vgl. außerhalb des Unternehmensverkehrs BGH, 31. 10. 1984, NJW 1985, 320, 324; LG Verden, 17. 12. 1986, NJW-RR 1987, 430.

21 BGH, 20. 12. 1992, NJW 1993, 657.

22 *Wolf* (Fn. 20) § 9, Rn. P 22; vgl. auch BGH, 20. 12. 1992, NJW 1993, 657.

dung danach nahe, ob eine solche materiell-rechtliche Kostenerstattungspflicht für jeden Fall der entgegen der ausschließlichen Prorogation der deutschen Gerichte im Ausland erhobenen Klage gelten soll oder ob sie nur im Falle des Unterliegens des Vertragspartners im Ausland eingreifen soll.

2. *Formularmäßig begründeter Kostenerstattungsanspruch für den Fall des Unterliegens des Vertragspartners im Ausland*

Eine Unvereinbarkeit mit Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und eine AGB-rechtlich unangemessen, treuwidrige Benachteiligung (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) liegen bei einer derartigen Ausgestaltung von vornherein eher fern. Sie führt nur zur Geltung einer Regelung, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergäbe, wenn deutsches Prozessrecht anwendbar wäre. Zwar ist anerkannt, dass die Erstreckung einer gesetzlichen Regelung (hier: die Kostenerstattungspflicht, wie sie das deutsche Prozessrecht kennt) auf Fälle, für die diese Regelung gesetzlich nicht gilt (hier: für Zivilprozesse im Ausland), AGB-rechtlich unwirksam sein kann.²³ Deshalb ist auch anerkannt, dass im Falle der Geltung des UN-Kaufrechts diesem – und nicht dem BGB – die Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zu entnehmen sind.²⁴ Zwar handelt es sich bei dem UN-Kaufrecht um deutsches Recht, nämlich um das für internationale Handelskäufe geltende, das lediglich nicht autonom gesetzt wurde. Jedoch zeigt dessen Handhabung, dass mit der Geltung eines anderen Rechts auch neue, abweichende Grundgedanken maßgebend sein können²⁵.

Indessen bleibt das Veranlassungsprinzip unabhängig von der Geltung der §§ 91 ff. ZPO ein Grundprinzip mit einem nach inländischen Wertvorstellungen hohen prozessualen Gerechtigkeitsgehalt. Wenn außerdem das deutsche Prozessrecht die formularmäßige ausschließliche Prorogation des Verwendersitzes als Gerichtsstand als wirksam ansieht,²⁶ und bei Beachtung dieser ausschließlichen Zuständigkeit ohnehin nur die §§ 91 ff. ZPO zur Anwendung kämen, dann kann die Flankierung dieser ausschließlichen Zuständigkeit durch eine den §§ 91 ff. ZPO entsprechende Maßgabe schwerlich unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 S. BGB sein.

23 BGH, 5. 4. 1984, BGHZ 91, 55.

24 Etwa Arnd Lohmann Parteiautonomie und UN-Kaufrecht, 2005 S. 240; Pfeiffer Handbuch der Handelsgeschäfte, 1999, Rn. 41.

25 Pfeiffer Neues Schuldrecht – neues Leitbild im AGB Recht, in: Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, 225–251, 227 f.

26 OLG Frankfurt, 18. 12. 1998, NJW-RR 1999, 604; OLG Hamburg, VersR 1986, 808–810; s. ferner OLG Karlsruhe, 22. 3. 1996, NJW 1996, 2041. Diese Maßgabe wird in den zitierten Entscheidungen damit begründet, dass erstens bei Prorogation eines verwendernahen Gerichtsstands nicht flagrant gegen den Gerechtigkeitsgehalt der Zuständigkeitsvorschriften verstoßen wird und zweitens die Anerkennung einer solchen Möglichkeit international üblich sei.

Selbst wenn man den Wertungsgehalt abweichender ausländischer Kostenerstattungsregeln einbeziehen will, lässt sich schwerlich ein anderes Ergebnis rechtfertigen. Dies zeigt exemplarisch der Blick auf den Ausschluss der Erstattungspflicht für Anwaltskosten nach der »American Rule« als schärfster Fall der Abweichung vom Veranlassungsprinzip des deutschen Prozessrechts. In den U.S.A. wird der Gerechtigkeitsgehalt der American Rule mit ihrer Bedeutung für den Gerichtszugang des Klägers begründet. In der Sicherung eines effektiven Gerichtszugangs liegt zwar auch aus der Perspektive des deutschen Rechts ein hochrangiges Wertungsprinzip. Indessen lässt die Praxis in den U.S.A. abweichende Vereinbarungen zu, ohne dabei im deutschen Sinne scharf zwischen Individualvereinbarungen und AGB zu unterscheiden. Eine Abweichung von der American Rule ist also in den U.S.A. auch durch solche Klausel möglich, der nach deutschem Verständnis AGB-Qualität zukommt. Selbst innerhalb ihrer Ursprungsrechtsordnung kommt der American Rule also kein so hoher Rang zu, dass formularmäßige Anweichungen nicht hingenommen werden. Innerhalb des deutschen Rechts, das dem Ausgangspunkt nach dem Veranlassungsprinzip folgt, kann die in einer formularmäßigen Kostenerstattungsklausel liegende Abweichung von der American Rule mithin keinen Grund bilden, eine nicht hinnehmbare Abweichung von einem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) zu bejahen.

3. Unabhängig vom Prozessausgang eingreifende Kostenerstattungsklauseln

Anders könnte es bei Klauseln liegen, die unabhängig vom Prozessausgang eingreifen. Solche vom Veranlassungsprinzip abweichenden Klauseln sind, wie schon angesprochen, nach § 307 BGB unwirksam.²⁷ Allerdings hat die Rechtsprechung auch Klauseln für wirksam gehalten, durch die ein Vorbehaltskäufer mit den Kosten einer Drittwiderspruchsklage des Verkäufers gegen einen Gläubiger des Käufers belastet wird, wenn der Verkäufer diese Kosten gegen diesen Drittgläubiger nicht durchsetzen kann. Das beruht freilich einmal auf dem gemeinsamen Interesse beider Parteien des Vorbehaltskaufs, dass die Sache nicht durch einen Dritten weggenommen und verwertet wird, und zum anderen darauf, dass es im Verhältnis zum Verkäufer der Käufer ist, welcher zu der Drittwiderspruchsklage Anlass gegeben hat.²⁸

Bezogen auf Kostenerstattungsklauseln, die auch bei Obsiegen des Vertragspartners im Ausland eingreifen, könnte sich ihre Vereinbarkeit mit dem Veranlassungsprinzip daraus ergeben, dass die Parteien sich mit einer wirksamen ausschließlichen Prorogation eines inländischen Forums aus inländischer Perspektive an das Gebot einer ausschließlich im Inland erfolgenden Prozessführung gebunden haben. Klagt ein ausländischer Vertragspartner gleichwohl im Ausland, so missachtet er die Gerichtsstandsabrede. Dies genügt jedoch nicht um – unabhängig vom Ausgang des ausländischen Verfahrens – alleine wegen des »Verstoßes« gegen die ausschließliche

²⁷ Oben Fn. 20.

²⁸ Oben Fn. 21.

Prorogation eine Veranlassung des ausländischen Verfahrens durch den Vertragspartner des Verwenders zu bejahen. Ein »Verletzung« einer Gerichtsstandsvereinbarung oder ein »Verstoß« gegen dieselbe ist begrifflich wie inhaltlich nur möglich, wenn man ihr eine über die prozessuale Verfügungswirkung hinausgehende rechtliche Wirkung beimisst. Das ist jedoch – jedenfalls nach herrschender Praxis – gerade nicht der Fall. Die Gerichtsstandsvereinbarung entfaltet keine schuldrechtliche Verpflichtungswirkung. Eine unabhängig vom Ausgang des ausländischen Verfahrens eingreifende Verpflichtungswirkung besteht nicht; sie kann daher auch nicht als Legitimationsgrund für eine an die bloße Abweichung anknüpfende formularmäßige Kostenerstattungsklausel dienen.

VII. ZUSAMMENFASSUNG

1. Die Vereinbarung eines materiell-rechtlichen (vertraglich-schuldrechtlichen) Kostenerstattungsanspruchs zur Flankierung einer ausschließlichen Prorogation eines bestimmten Gerichtsstands ist im deutschen Schuldrecht möglich. Das gilt auch, soweit die getroffene Kostenregelung zu Ergebnissen führt, die vom prozessualen Kostenerstattungsrecht der §§ 91 ff. ZPO abweichen.
2. Der Geltung einer solchen Vereinbarung im Falle der Klageerhebung in einem anderen Mitglied- oder Vertragsstaat im Sinne der Rechtsakte des europäischen Zuständigkeitsrechts (Brüssel I-Verordnung, EuGVÜ, LugÜbk) steht – sofern sie unabhängig vom Prozessausgang im Ausland eingreift (und nur dann) – entgegen, dass die praktische Wirksamkeit dieser Instrumente und insbesondere ihres Zuständigkeitssystem, nachdem jedes Gericht seine Zuständigkeit eigenständig prüft, gewahrt werden muss.
3. Deutsches Schuldrecht gilt im Rahmen der Kollisionsregeln des Internationalen Schuldvertragsrechts. Eine Teilrechtswahl nur für den materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch ist möglich. Auch im U.S.-amerikanischen Recht als dem wichtigsten Fall eines abweichenden prozessualen Kostenrechts werden schuldvertragliche Vereinbarungen anerkannt, die der unterliegenden Partei eine Pflicht zur Tragung der Anwaltskosten der obsiegenden Partei auferlegt.
4. In AGB kann ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch wegen einer ohne Rücksicht auf die ausschließliche deutsche Prorogation erfolgten Klage im Ausland zugunsten der obsiegenden Partei begründet werden. Eine Klausel, nach der ein Kostenerstattungsanspruch unabhängig vom Verfahrensausgang besteht, kann nicht in AGB, sondern nur individualvertraglich begründet werden.

Thomas Pfeiffer