

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Band 69

Nachträgliche Rechtswahl und Rechte Dritter

Von

Wolfgang Möllenhoff



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG MÖLLENHOFF

Nachträgliche Rechtswahl und Rechte Dritter

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

**Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp**

Band 69

Nachträgliche Rechtswahl und Rechte Dritter

Von
Wolfgang Möllenhoff



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Möllenhoff, Wolfgang:

Nachträgliche Rechtswahl und Rechte Dritter /

von Wolfgang Möllenhoff. –

Berlin : Duncker und Humblot, 1993

(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft ; Bd. 69)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1991/92

ISBN 3-428-07685-0

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0935-5383

ISBN 3-428-07685-0

Vorwort

Diese Arbeit hat im Wintersemester 1991/92 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität als Dissertation vorgelegen.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Heinrich Dörner, der das Promotionsthema angeregt und die Entstehung der Arbeit mit großem Interesse und Engagement begleitet und vielfältig gefördert hat. Zu Dank verpflichtet bin ich ferner Herrn Professor Dr. Otto Sandrock, der das Korreferat übernommen hat. Die Westfälische Wilhelms-Universität hat die Dissertation im Rahmen der Graduiertenförderung mit einem großzügigen Promotionsstipendium unterstützt, wofür ich mich ebenfalls herzlich bedanke.

Ich widme die Arbeit meinen Eltern, die mich stets unterstützt und gefördert haben.

Münster, im Oktober 1992

Wolfgang Möllenhoff

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
-------------------------	----

Erster Teil

Einfluß einer nachträglichen Rechtswahl auf das Vertragsstatut

§ 1 Die Wandelbarkeit des Schuldvertragsstatuts	18
A. Einführung	19
B. Statutenwechsel bei der ex nunc-wirkenden Rechtswahl	21
C. Statutenwechsel bei der ex tunc-wirkenden Rechtswahl	22
I. Die Ansicht von der Unwandelbarkeit des Vertragsstatuts	22
1. Die erstmalige nachträgliche Rechtswahl	23
2. Die spätere Änderung eines anfänglichen Verweisungsvertrages	24
II. Kritik und eigene Konzeption	24
1. Die ausschließliche Geltung des nachträglich gewählten Rechts	24
a) Die nachträgliche Änderung eines anfänglichen Verweisungsvertrages	25
b) Die erstmalige nachträgliche Rechtswahl	26
aa) Das Rangverhältnis der Anknüpfungen als Fehler der Konzeption Fudickars	26
bb) Die Derogation des ursprünglichen Vertragsstatuts	27
(1) Die Derogation früherer Gesetze	28
(2) Die Aufhebung der gesetzlichen objektiven Anknüpfung bei der nachträglichen Rechtswahl	29
2. Der intertemporale Konflikt zwischen dem alten und dem neuen Statut ...	30
a) Problemstellung	30
b) Die Rückwirkung als Fiktion	32
aa) Die Rückwirkungsfiktion bei der Gesetzesänderung	32
bb) Die Fiktion bei der Rückwirkung des nachträglich gewählten Rechts	33

*Zweiter Teil***Die gedanklichen Grundlagen der Regelung**

§ 2 Der Schutz wohlverworbener Rechte	35
A. Die Bedeutung des Prinzips in internationalprivatrechtlicher Hinsicht	35
B. Der Schutz wohlverworbener Rechte und der Grundsatz der Nichtrückwirkung von Gesetzen	37
C. Konsequenzen für die Auslegung des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB	38
§ 3 Der Vertrauensschutzgedanke	41
§ 4 Der Grundsatz der Privatautonomie	42
A. Die Unwirksamkeit von Verträgen zu Lasten Dritter	43
B. Die rechtliche Begünstigung eines Dritten und die Privatautonomie	44
C. Konsequenzen für die Auslegung des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB	44
§ 5 Der Rechtsgedanke der §§ 767 Abs. 1 S. 3, 1210 Abs. 1 S. 2 BGB	46

*Dritter Teil***Anwendungsbereich der Bestandsschutzregelung**

§ 6 Die Auslegungsgrundsätze	49
§ 7 Der funktionale Schutzbereich	51
A. Auslegung nach dem Wortlaut	51
I. Auslegung der Bestandsschutzregelung in ihrer deutschen Fassung	51
1. Interpretation als Beeinträchtigungsverbot	51
2. Interpretation als Beeinträchtigungs- und Verbesserungsverbot	52
II. Die Berücksichtigung fremdsprachlicher Versionen des Art. 3 Abs. 2 S. 2 EVÜ	53
1. Die Divergenzen	53
2. Einheitliche Auslegung	54
B. Historische und teleologische Auslegung	54
I. Beeinträchtigungsverbot und Gesetzgebungsmaterialien	55
II. Beeinträchtigungsverbot und Grundgedanken der Bestandsschutzregelung	55
1. Der Vertrauensschutzgedanke	55

2. Die Privatautonomie	56
§ 8 Der sachliche Schutzbereich	58
A. Rechtliche Qualität des Drittinteresses	59
I. Rechtsstellung und konkrete Rechtsposition	59
II. Die rechtlichen Eigenschaften einer Rechtsposition	62
1. Das subjektive Recht als geschütztes Interesse	62
2. Faktische Interessen und Erwerbsausichten	63
3. Rechtspflichten als geschütztes Interesse	64
B. Rechtsgrundlage der Drittberechtigung	64
I. Erwerb der Drittberechtigung unmittelbar aufgrund des Hauptvertrages	65
1. Die dinglichen Rechte Dritter	66
2. Drittberechtigung in Form von Ansprüchen	69
a) Leistungsansprüche Dritter	69
b) Schutzansprüche Dritter	70
3. Drittberechtigung in Form von Einwendungen Dritter	73
4. Drittberechtigung in Gestalt des Zurückweisungsrechts nach § 333 BGB ..	74
II. Erwerb der Drittberechtigung aufgrund eines gesonderten Rechtsverhältnisses ..	75
1. Akzessorietätsfälle	76
a) Fälle akzessorischer Anknüpfung von Hauptvertrag und geson-	
dertem Rechtsverhältnis	76
b) Fälle akzessorischer Verbundenheit zweier Rechtsverhältnisse auf	
materiellrechtlicher Ebene	79
2. Drittberechtigung als Konsequenz einer Rechtsnachfolge	82
a) Die Abtretung	82
aa) Rechtswahlvereinbarung zwischen Zessionar und Zedenten	82
bb) Rechtswahlvereinbarung zwischen Zessionar und Schuldner	83
cc) Rechtswahlvereinbarung zwischen Zedent und Schuldner	87
b) Die befreiende Schuldübernahme	89
aa) Die externe private Schuldübernahme	89
(1) Die Bedeutung der Privatautonomie	89
(2) Die Anwendung des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB im Zu-	
sammenhang mit der externen Schuldübernahme	93
(a) Die nachträgliche Wahl des Schuldübernahmestatuts	93
(b) Die nachträgliche Wahl des auf die übernommene	
Schuld anwendbaren Statuts	94

(aa) Die potentiellen Parteien einer nachträglichen Wahl des Schuldstatuts	94
(bb) Die gem. Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB zu schützenden Drittberechtigungen	95
bb) Die interne privative Schuldübernahme	95
(1) Die Bedeutung der Parteiautonomie	95
(2) Die gem. Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB zu schützenden Drittberechtigungen	96
c) Die kumulative Schuldübernahme	97
aa) Die Bedeutung der Parteiautonomie	97
bb) Die Anwendung des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB im Zusammenhang mit der kumulativen Schuldübernahme	98

Vierter Teil

Die Umsetzung des Beeinträchtigungsverbots in der Rechtsanwendung

§ 9 Die kollisionsrechtlichen Lösungsmodelle	100
A. Das Verhältnis von Art. 27 Abs. 2 S. 2 zu Art. 27 Abs. 4 EGBGB	100
B. Tauglichkeit des kollisionsrechtlichen Ansatzes	101
C. Die direkte Einschränkung der Parteiautonomie	103
I. Ansätze, die das materielle Ergebnis der Anwendung des nachträglich gewählten Rechts nicht berücksichtigen	104
1. Die unterschiedlichen Einschränkungsmöglichkeiten	104
a) Die Unwirksamkeit der nachträglichen Rechtswahl	104
b) Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB als Rückwirkungsverbot	104
c) Der inter partes-Ansatz	105
2. Bewertung der unterschiedlichen Einschränkungsmöglichkeiten	105
a) Die Beschränkung der Wahlfreiheit der Parteien	106
b) Überdehnung des Schutzzwecks des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB	107
c) Rechtsspaltung hinsichtlich des Hauptvertrages	109
II. Ansätze, die das materielle Ergebnis der Anwendung des nachträglich gewählten Rechts berücksichtigen	110
1. Die unterschiedlichen Einschränkungsmöglichkeiten	111
a) Die Alternativanknüpfung	111
b) Der nachträgliche Verweisungsvertrag als Teilrechtswahl	111
2. Bewertung der verschiedenen Ansätze	112
a) Der Günstigkeitsvergleich	113

aa) Die Vereinbarkeit der Durchführung des Günstigkeitsvergleichs mit den Strukturen des IPR	113
bb) Die Vereinbarkeit der Durchführung des Günstigkeitsvergleichs mit dem Schutzzweck des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB	116
b) Überdehnung des Schutzzwecks des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB ...	120
c) Unangemessene Einschränkung der Parteiautonomie durch die Theorie der Alternativanknüpfung	121
d) Weitere Kritikpunkte hinsichtlich der Deutung der nachträglichen Rechtswahl als Teilrechtswahl	121
§ 10 Der materiellrechtliche Lösungsansatz	123
A. Rechtsdogmatische Einordnung des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB als Vorbehaltsklausel	123
B. Voraussetzungen des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB als Vorbehaltsklausel	125
C. Die Rechtsfolgen des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB nach dem materiellrechtlichen Ansatz	127
I. Korrekturen innerhalb des Hauptvertragsstatuts	127
1. Die Nichtanwendung einzelner Bestimmungen des nachträglich gewählten Hauptvertragsstatuts	128
2. Ausfüllung regelungsbedürftiger Lücken im nachträglich berufenen Hauptvertragsstatut	128
a) Die Modifizierung der <i>lex causae</i>	129
b) Die Bildung fallbezogener Sachnormen	129
II. Korrekturen im Rahmen der Rechtsordnung, die das gesonderte Rechtsverhältnis beherrscht	130
D. Kritische Bewertung der materiellrechtlichen Lösung	131
I. Allgemeines	131
II. Die mit dem materiellrechtlichen Ansatz verbundene Rechtsunsicherheit ...	132
III. Die verdeckte Anwendung des ursprünglichen Hauptvertragsstatuts	132
§ 11 Der modifizierte <i>inter partes</i>-Ansatz als das vorzugswürdige Lösungsmodell ...	133
A. Die Vorzüge des modifizierten <i>inter partes</i> -Ansatzes	135
I. Keine Überdehnung des Schutzzwecks der Norm	135
II. Weitgehende Wahrung der Parteiautonomie	135

III. Betonung des individualschützenden Charakters des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB	136
B. Die Anwendung des modifizierten inter partes-Ansatzes	137
§ 12 Die nachträgliche Rechtswahl mit Zustimmung des Dritten	140
Zusammenfassung	142
Literaturverzeichnis	146

Abkürzungsverzeichnis

ABLEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
Cod.	Codex
dass.	dasselbe
ders.	derselbe
Dig.	Digestum
EG-Schuldvertrags- übereinkommen	Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 09.10.1980 (BGBl. 1986 II 810)
Einl.	Einleitung
E.P.I.L.O.	European Private International Law of Obligations
EVÜ	s. EG-Schuldvertragsübereinkommen
FrzZR	französisches Zivilrecht
FS	Festschrift
Genfer Flüchtlingsabkommen	Genfer UN-Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.07.1951 (BGBl. 1953 II 560)
Harv.L.Rev.	Harvard Law Revue
HeimatAuslG	Gesetz über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bun- desgebiet vom 25.04.1951 (BGBl. 1951 I 269)
IntCompLQ	The International and Comparative Law Quarterly
NiemZ	Niemeyer's Zeitschrift für Internationales Privat- und Öffentliches Recht
Rec. des Cours	Académie de Droit International, Recueil des Cours
Rev.crit.	Revue critique de droit international privé
Rev.trim.dr.europ.	Revue trimestrielle de droit européen
Riv.dir.int.priv.proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
SchwJbIntR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
Überbl.	Überblick
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung
zit.	zitiert

Einleitung

Das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. Juli 1986¹ hat die Vorschriften des Römischen EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.06.1980 in das EGBGB inkorporiert. Seitdem findet sich das Prinzip der freien Rechtswahl in den deutschen gesetzlichen Vorschriften wieder: Nach Art. 27 Abs. 1 und 2 EGBGB können die Parteien eines schuldrechtlichen Vertrages die auf ihr Rechtsverhältnis anzuwendende Rechtsordnung jederzeit frei bestimmen.²

Allerdings war das Prinzip der Parteiautonomie bereits lange vor dem Inkrafttreten des EG-Schuldvertragsübereinkommens als der prägende Grundsatz des internationalen Schuldvertragsrechts anerkannt.³ Insbesondere wird schon seit Jahren fast einhellig die Auffassung vertreten, daß die Kontrahenten das Schuldvertragsstatut nicht nur bei Vertragsschluß, sondern auch zu einem späteren Zeitpunkt, also *nachträglich* wählen können.⁴ Die Problematik des Schutzes von Rechten Dritter, die im Zusammenhang mit der *nachträglichen*

¹ BGBl. 1986 I 1142.

² Vgl. Art. 27 Abs. 2 S. 1 EGBGB; *MünchKomm / Martiny*, Art. 27 EGBGB Rdnr. 7; *Schwander*, FS Keller, S. 473, 478.

³ Vgl. RG IPRspr. 1926 / 27 Nr. 37; BGHZ 17, 74, 77; OLG Saarbrücken OLGZ 1966, 142.

⁴ RG IPRspr. 1926 / 27 Nr. 37; BGHZ 17, 74, 77; BGH NJW 1962, 1005; OLG Saarbrücken OLGZ 1966, 142; BGE 79 II 295; *Staudinger / Firsching*^{10/11}, vor Art. 12 EGBGB Rdnr. 346 f.; *Raape*, FS Boehmer, S. 111.

Die Ansicht von der Unzulässigkeit der nachträglichen Rechtswahl kann als seit langem überwunden angesehen werden vgl. RGZ 107, 121, 123; BGHZ 17, 74, 77; *Staudinger / Firsching*^{10/11}, vor Art. 12 EGBGB Rdnr. 342; *MünchKomm / Sonnenberger*¹, vor Art. 12 EGBGB Rdnr. 18; *Raape*, FS Boehmer, S. 111 f.

Pfister, AWD (RIW) 1973, 440 f., lehnt zwar die nachträgliche Rechtswahl mit kollisionsrechtlicher Wirkung ab; seines Erachtens ist aber ein materiellrechtlicher Verweisungsvertrag erlaubt, der nur die dispositiven, nicht aber auch die zwingenden Vorschriften des ursprünglichen Vertragsstatuts abwählt. Im Rahmen des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB geht es jedoch nicht um die materiellrechtliche, sondern nur um die kollisionsrechtliche Rechtswahl, vgl. dazu Art. 27 Abs. 3 EGBGB sowie *MünchKomm / Martiny*, Art. 27 EGBGB Rdnr. 12.

Vereinbarung des Schuldvertragsstatuts relevant werden kann, ist jedoch bisher keiner eingehenderen Betrachtung unterzogen worden.⁵

Demgegenüber fällt auf, daß moderne IPR-Kodifikationen, die in den letzten Jahren in verschiedenen Ländern in Kraft getreten sind, Bestimmungen zum Schutz von Rechten Dritter enthalten. Dies trifft etwa auf das österreichische⁶ und das schweizerische IPR-Gesetz⁷ zu. Auch die Autoren des EG-Schuldvertragsübereinkommens und ihnen folgend der deutsche Gesetzgeber haben eine Drittschutzklausel in das Regelwerk zum internationalen Schuldvertragsrecht aufgenommen. Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB, der Art. 3 Abs. 2 S. 2 EVÜ entspricht, sieht vor: „Rechte Dritter werden durch eine Änderung der Bestimmung des anzuwendenden Rechts nach Vertragsabschluß nicht berührt.“⁸ Dieser Rechtssatz ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit.⁹

Zunächst bestehen Zweifel an der Berechtigung und Erforderlichkeit des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB.¹⁰ Um sie auszuräumen, sind einige Ausführungen insbesondere zum Einfluß einer nachträglichen Rechtswahl auf das Vertragsstatut notwendig.¹¹

Unklarheiten bestehen sodann über den Schutzbereich der Norm: Gegen welche Einwirkungen einer nachträglichen Rechtswahl Drittberechtigungen geschützt sind¹² und welche Interessen von dem Begriff „Rechte Dritter“ umfaßt

⁵ Vgl. insoweit etwa *Staudinger / Firsching*^{10/11}, vor Art. 12 EGBGB Rdnr. 347; *Soergel / Kegel*¹⁰, vor Art. 7 EGBGB Rdnr. 273; *Palandt / Heldrichs*³⁶, vor Art. 12 EGBGB Anm. 2 a); *Raape*, FS Boehmer, S. 111, 115 f.; *Skapski*, Rec. des Cours 136 (1972-II), 499, 538 ff.; *Tomaszewski*, Rev. Crit. 1972, 567, 599.

⁶ Vgl. § 11 Abs. 3 des österreichischen IPR-Gesetzes.

⁷ Vgl. Art. 116 Abs. 3 des schweizerischen IPR-Gesetzes.

⁸ Der deutsche Gesetzgeber plant, eine dem Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB entsprechende Vorschrift auch in das internationale Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse aufzunehmen, vgl. Art. 42 Abs. 1 S. 2 des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Ergänzung des Internationalen Privatrechts (s. *MünchKomm / Kreuzer*, vor Art. 38 EGBGB Vorb. Rdnr. 6).

⁹ Auf die Regelung des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB betreffend die Formgültigkeit des Vertrages soll dagegen nicht eingegangen werden, vgl. insoweit *Martiny* in *Reithmann / Martiny*, Rdnr. 62; v. *Bar*, IPR II, Rdnr. 480; *Schroeder*, S. 27 f.

¹⁰ Vgl. etwa v. *Bar*, IPR II, Rdnr. 481; *Schlosshauer-Selbach*, Rdnr. 248; *Ferid*, IPR, Rdnr. 6-26,1, die meinen, Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB regle eine Selbstverständlichkeit.

¹¹ Vgl. § 1.

¹² Vgl. dazu § 7.

werden¹³, läßt der Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB nicht eindeutig erkennen. Zur Bestimmung des Inhalts der Regelung bedarf es daher einer Interpretation der Vorschrift unter Berücksichtigung der für das EG-Schuldvertragsübereinkommens geltenden Auslegungsgrundsätze¹⁴ und der gedanklichen Grundlagen der Norm.¹⁵ Um die Bedeutung des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB aufzuzeigen, sollen sodann die Fallkonstellationen herausgearbeitet werden, in denen diese Vorschrift anzuwenden ist.¹⁶

Unerforscht ist schließlich auch, wie sich die Bestandsschutzregelung des Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB im einzelnen auswirkt, d.h. welche Rechtsfolgen sie im konkreten Fall hat. Da die Vorschrift diese Frage weitgehend unbeantwortet läßt, sind unterschiedliche Lösungsmodelle denkbar. Die verschiedenen Ansätze sollen vorgestellt und einer kritischen Bewertung unterzogen werden.¹⁷ Eine abschließende Beurteilung im Hinblick auf die von Art. 27 Abs. 2 S. 2 EGBGB ausgelösten Rechtsfolgen schließt die Untersuchung ab.¹⁸

¹³ Vgl. dazu § 8.

¹⁴ Vgl. dazu § 6.

¹⁵ Vgl. dazu Teil 2, §§ 3-5.

¹⁶ Vgl. § 8 B.

¹⁷ Dazu unter § 9 und § 10.

¹⁸ Vgl. dazu Teil 4.