

**Boris Dostal\***

# Zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Bauverträgen

Geeignet zum Selbststudium  
mit Lernerfolgskontrolle (§ 15 FAO)

*Ein Urteil der Cour d'Appel de Colmar vom 19.10.2023 gibt Anlass, auf die Entwicklung der Rechtsprechung der letzten Jahre zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Bauverträgen einzugehen. Auch das OLG Brandenburg (Urteil vom 20.4.2023<sup>1</sup> und vom 10.11.2022)<sup>2</sup>, das Kammergericht (Urteil vom 15.2.2002)<sup>3</sup> und das OLG Köln (Beschluss vom 22.3.2021)<sup>4</sup> haben sich jüngst mit der Anknüpfung von grenzüberschreitenden Bauverträgen befasst.*

## I. Rechtswahl der Vertragsparteien

### 1. Grundsatz der Wahlfreiheit

In der Entscheidung der Cour d'Appel de Colmar, die noch zu Art. 4 des EVÜ vom 19.6.1980 ergangen ist, weil der Bauvertrag im Jahre 2007 und damit vor dem 17.12.2009 als dem relevanten Stichtag für die Anwendbarkeit der Rom I-VO geschlossen wurde, hatte ein in Baden-Württemberg ansässiges Bauunternehmen an einem Gebäude im Elsass Bauleistungen in Form von Dachdeckerarbeiten erbracht. Der zwischen den Parteien geschlossene Bauvertrag enthielt keine Klausel zur Rechtswahl, verwies an einigen Stellen aber auf die VOB/B. Kurz vor Ablauf der im französischen Recht geltenden 10-jährigen Gewährleistungsfrist erhob der in der Schweiz ansässige Bauherr Klage auf Schadensersatz wegen eines vermeintlich auf der Undichtigkeit des Dachbereiches gründenden Wassereintritts.

Wie die Cour d'Appel de Colmar in ihrem Urteil eingangs feststellt, ist es den Vertragsparteien mit Blick auf Art. 3 Rom I-VO nach allgemeinen Grundsätzen unbenommen, das auf den Bauvertrag oder einen Teil des Bauvertrages anwendbare Recht frei zu wählen.<sup>5</sup> Ausweislich der jüngsten Entscheidungen des OLG Brandenburg vom 20.4.2023 und vom 10.11.2022 sowie des KG vom 15.2.2022 geht auch die deutsche Rechtsprechung entsprechend der bisherigen (noch zu Art. 27 EGBGB ergangenen) Entscheidungen des BGH<sup>6</sup> wie selbstverständlich von der Möglichkeit einer freien Rechtswahl der Parteien eines Bauvertrages aus.<sup>7</sup> Die Rechtswahl kann dabei mit Blick auf Art. 3 Abs.1 Satz2 Rom I-VO ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.<sup>8</sup>

### 2. Beschränkungen gegenüber einem Verbraucher

Beschränkungen bei der Rechtswahl ergeben sich allerdings im Anwendungsbereich des (auch für den Bauvertrag geltenden) Art. 6 Rom I-VO, wenn es sich beim Besteller des Bauvorhabens um einen Verbraucher handelt.<sup>9</sup> In diesem Fall darf die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen

Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach Abs.1 mangels Rechtswahl anzuwenden gewesen wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Diesbezüglich ist jedoch der Ausschlussbestand des Art.6 Abs.4 lit.a Rom I-VO zu beachten, wonach die Anknüpfungsregel des Art.6 Abs.1 und die Rechtswahlbeschränkung des Abs.2 nicht für Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen gelten, wenn die dem Verbraucher geschuldeten Bauleistungen ausschließlich in einem anderen als dem Staat erbracht werden müssen, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.<sup>10</sup> So hat das OLG Brandenburg in seiner Entscheidung vom 11.10.2022 die Anwendung des Art.6 Abs.1 Rom I-VO für ein in Deutschland belegenes Bauvorhaben eines in Belgien wohnhaften Bestellers ausdrücklich abgelehnt.<sup>11</sup>

### 3. Kein vereinheitlichtes internationales Baurecht

Anders als im Internationalen Kaufrecht existiert im Internationalen Bauvertragsrecht kein vorrangiges Sachrecht bzw. kein dem CISG vergleichbares Einheitsrecht.<sup>12</sup> Zwar findet das

\* Rechtsanwalt, Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht, Honorarprofessor an der Universität des Saarlandes, Lehrbeauftragter an der Université Panthéon-Sorbonne, Dostal Franz Rechtsanwälte, Freiburg.

1 NJW 2023, 2284.

2 NJW 2023, 927.

3 BeckRS 2022, 2437.

4 NJW-RR 2021, 1109.

5 Cass. Civ., Urt. v. 23.9.2014, Nr. 11-20.972 und Nr. 11-23.948; CA Paris, Urt. v. 8.4.2010 Nr. 07/17965; Sénéchal, RDI 2008, 526 ff, Rn. 6; Cachard, Droit du Commerce international, 3. Aufl. 2019, Rn. 869; Kenfack, Droit du Commerce international, 8. Aufl. 2023, S. 229.

6 BGH, Urt. v. 6.3.2014, NJW 2014, 2186; BGH, Urt. v. 27.2.2003, NJW 2003, 2020, 2021 und BGH, Urt. v. 7.12.2001, NJW 2001, 1936, 1937 (beide für einen Architektenvertrag); eine Entscheidung des BGH zu den novellierten Vorschriften der Art. 3 ff Rom I-VO liegt bis dato nicht vor.

7 OLG Brandenburg, Urt. v. 20.4.2023, NJW 2023, 2284; KG, Urt. v. 15.2.2022, BeckRS 2022, 2437; OLG Stuttgart, Urt. v. 12.2.2019, NJW 2019, 2708, 2709; Hök, ZfBR 2008, 741, 749; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 15; Erman/Stürner, 17. Aufl. 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 16; BeckOKG/Köhler, Stand 1.9.2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 384; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 348.

8 BGH, Urt. v. 6.3.2014, NJW 2014, 2186; BGH, Urt. v. 7.12.2001, NJW 2001, 1936, 1937; OLG Brandenburg, Urt. v. 20.4.2023, NJW 2023, 2284 und Urt. v. 10.11.2022, NJW 2023, 927; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 63; Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 14; Ritter/Schätzlein in: Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020, Kap. E Einl. Rn. 37.

9 Hök, ZfBR 2008, 741, 751; Erman/Stürner, 17. Aufl. 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 16; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 351.

10 vgl. hierzu Jacobsen, Der grenzüberschreitende Bauvertrag in der Europäischen Union, 2022, S. 103.

11 OLG Brandenburg, Urt. v. 11.10.2022, NJW 2023, 927.

12 Stöckli/Schwery in: Kronke/Melis/Kuhn, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2017, Teil C Rn. 421; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 62.

UN-Kaufrecht mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 CISG grundsätzlich nicht nur auf Kauf, sondern auch auf Werklieferungsverträge Anwendung. Wie aus Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO ersichtlich, sind die Vorschriften des UN-Kaufrechtes allerdings nicht auf Verträge anzuwenden, bei denen die warenliefernde Partei überwiegend mit der Ausführung von Arbeiten oder Dienstleistungen betraut ist; der Bauvertrag fällt demnach im Regelfall nicht unter den Anwendungsbereich des CISG.<sup>13</sup>

Bei größeren Bauvorhaben finden in der Praxis häufig Formularbedingungen wie die sog. FIDIC-Conditions Anwendung, die aber ihrerseits nicht die Wahl eines staatlichen Rechts zum Inhalt haben oder dieses ersetzen, sondern ausdrücklich eine von den Parteien zu vervollständigende Rechtswahlklausel vorsehen. Die FIDIC-Musterbedingungen stellen indes keinen internationalen Handelsbrauch dar, sondern müssen von den Vertragsparteien explizit vereinbart werden.<sup>14</sup>

#### 4. Ausdrückliche Rechtswahl

Eine ausdrückliche Rechtswahl im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO muss nicht Gegenstand einer Individualabrede sein, sondern kann – sofern deutsches Recht Vertragsstatut ist – auch im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen erfolgen.<sup>15</sup> Art. 3 ff. Rom I-VO enthalten keine inhaltlichen Beschränkungen für die Rechtswahl in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Für Vertragsschlüsse in elektronischen Medien gelten diesbezüglich keinerlei Besonderheiten.<sup>16</sup> Die Parteien können hierbei auch ein neutrales Recht wählen, das mit dem Bauvorhaben in keinerlei sachlichem oder räumlichem Zusammenhang steht bzw. keine objektive Beziehung zum Vertragsverhältnis aufweist.<sup>17</sup>

Nach hM ermöglicht Art. 3 Rom I-VO nur die Wahl einer staatlichen Rechtsordnung, weshalb bspw. eine Wahl privater Regelwerke wie der „Unidroit Principles“ oder der Grundsätze des internationalen Handelsgewohnheitsrechts in Gestalt der „lex mercatoria“ im Sinne einer „kollisionsrechtlichen Verweisung“ ausscheidet.<sup>18</sup> Die Wahl der FIDIC-Bedingungen oder der Verweis auf die lex mercatoria kann daher lediglich die Wirkungen einer materiell-rechtlichen Vereinbarung der betreffenden Vertragsbedingungen haben.<sup>19</sup>

#### 5. Konkludente Rechtswahl und diesbezügliche Indizien

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Art. 3 Rom I-VO kann die Rechtswahl nicht nur ausdrücklich, sondern gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 2 auch konkludent erfolgen, sofern sich dies eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrages oder den Umständen des Falles erschließt. Eine stillschweigende Rechtswahl kann sich aus der Bezugnahme auf Vorschriften einer Rechtsordnung oder der Verwendung von Rechtsbegriffen ergeben, die für diese Rechtsordnung typisch sind oder auf sie hindeuten.<sup>20</sup> Dies gilt auch dann, wenn die Parteien allgemeine Geschäftsbeziehungen in ihren Vertrag einbeziehen und diese Geschäftsbeziehungen erkennbar auf einer bestimmten

Rechtsordnung aufbauen oder auf die gesetzlichen Vorschriften des jeweiligen Rechts verweisen.<sup>21</sup>

#### a) Einbeziehung der VOB/B

Hinreichende Anhaltspunkte für die stillschweigende Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts sollen nach der Rechtsprechung bei einem grenzüberschreitenden Bauvertrag grundsätzlich dann vorliegen, wenn die Vertragsparteien die VOB/B vereinbart oder die Ausgestaltung des Vertrages an den gesetzlichen Vorschriften des deutschen Werkvertragsrechts orientiert haben.<sup>22</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH ist auch die Bezugnahme auf DIN-Normen und (öffentlich-rechtliche) Baurechtsbestimmungen als „maßgebliches“ Indiz für eine stillschweigende Wahl deutschen Rechts zu werten.<sup>23</sup>

Die Cour d'Appel de Colmar sieht dies in ihrer jüngsten Entscheidung anders und wertet die Einbeziehung der VOB/B

- 
- 13 BGH, Urt. v. 7.12.2017, ZVertriebsR 2018, 153, 157; BeckOK BGB/Saenger, 68. Ed. 1.11.2023, CISG Art. 3 Rn. 8; MüKoHGB/Mankowski, 5. Aufl. 2021, CISG Art. 3 Rn. 13.
- 14 Ritter/Schätzlein in: Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020, Kap. E Einl. Rn. 65; Kaminsky in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 5. Aufl. 2019, Übersicht und Erläuterungen zu den FIDIC Conditions of Contract, Rn. 8.
- 15 EuGH, Urt. v. 15.7.2021, NZA 2021, 1357, 1360; BGH, Urt. v. 29.7.2021, NJW 2021, 3179, 3181; BGH, Urt. v. 19.7.2012, BeckRS 2013, 3084; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 8.12.2021, ZVertriebsR 2022, 59, 62; OLG Bamberg, Urt. v. 5.3.2021, ZVertriebsR 2021, 309, 311; Grieger in: Fuchs/Grieger, Handbuch internationales Baurecht, 1. Aufl. 2021, Kap. 2 D. Rn. 29; Martiny in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 2.23; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 176.
- 16 Spindler/Schuster/Bach, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Rom I Art. 3 Rn. 25; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 3 Rn. 107.
- 17 Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 19; Jacobsen, Der grenzüberschreitende Bauvertrag in der Europäischen Union, 2022, S. 109; Ritter/Schätzlein in: Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020, Kap. E Einl. Rn. 41; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 3 Rn. 23.
- 18 Leible/Lehmann, RIW 2008, 528, 533; BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 593/2008 Art. 3 Rn. 7; Piltz/Brödermann, MAH Internationales Wirtschaftsrecht, 1. Aufl. 2017, § 6 Rn. 269; Ferrari in: Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO Rn. 19; vgl. auch Hau in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, Teil 2, AGB im internationalen Geschäftsverkehr, Rn. 15; zur lex mercatoria eingehend Martiny in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 2.53.
- 19 Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 19.
- 20 BAG Urt. v. 15.12.2016, BeckRS 2016, 112956; BGH, Urt. v. 31.5.2011, NJW 2011, 2809, 2814; BGH, Urt. v. 13.9.2004, NJW 2004, 3706, 3708; BGH, Urt. v. 19.1.2000, NJW-RR 2000, 1002, 1004; BeckOGK/Wendland, Stand 1.9.2022, Rom I-VO Art. 3 Rn. 164; Martiny in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 2.III; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 91; Rauscher/v. Hein, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 3 Rom I-VO Rn. 33.
- 21 vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2012, NJW 2013, 308, 310; BGH, Urt. v. 21.11.1996, NJW 1997, 397, 399; OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.12.2017, BeckRS 2017, 162300; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.3.2003, BeckRS 2003, 30313933; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 61; BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 593/2008 Art. 3 Rn. 25.
- 22 BGH, Urt. v. 14.1.1999, NJW-RR 1999, 813 sowie bestätigend BGH, Urt. v. 10.10.2002, BeckRS 2002, 9137 und BGH, Urt. v. 10.4.2003, NJW 2003, 2605, 2606; PW/W/Brödermann/Wegen, BGB, 18. Aufl. 2023, Art. 3 Rom I-VO Rn. 15.
- 23 BGH, Urt. v. 7.12.2000, NJW 2001, 1936, 1937; in diese Richtung auch BGH, Urt. v. 14.1.1999, NJW 1999, 813; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 62; kritisch hierzu Pulkowski, IPRax 2001, 306, 309; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 17.

nicht als konkludente Wahl deutschen Rechts, weshalb das anwendbare Recht nach Art. 4 EVÜ (nunmehr Art. 4 Rom I-VO) zu ermitteln war. Auch im deutschen Recht ist die Frage einer konkludenten Rechtswahl durch Bezugnahme auf die VOB/B keineswegs unumstritten: Während der BGH mit Urteil vom 14.1.1999<sup>24</sup> und vom 10.4.2003<sup>25</sup> und ihm folgend das OLG Stuttgart mit Urteil vom 12.2.2019<sup>26</sup> entschieden hat, dass die Vereinbarung der VOB/B als Indiz für eine stillschweigende Rechtswahl gewertet werden könne, da die VOB an vielen Stellen auf konkrete Vorschriften des deutschen Rechts verweist, wird in der Literatur zunehmend darauf verwiesen, dass die VOB/B lediglich standardisierte Vertragsbedingungen und keine Rechtsnormen beinhaltet, weshalb für die Annahme einer konkludenten Rechtswahl weitere Indizien erforderlich seien.<sup>27</sup>

### b) Wahl der FIDIC-Bedingungen

Die Wahl der FIDIC-Bedingungen wird – obschon sich diese eng am Common Law orientieren – nicht als Indiz für eine konkludente Wahl englischen Rechts gewertet werden können.<sup>28</sup> Vielmehr sehen die Musterbedingungen der FIDIC-Bücher (wie insbesondere das Red Book, das Yellow Book und das Silver Book)<sup>29</sup> ausdrücklich ein von den Parteien auszufüllendes Feld für eine Wahl des Rechts vor, dem das Vertragsverhältnis unterliegen soll.<sup>30</sup> So bestimmt Ziff. 1.4 der FIDIC Red Book-Conditions for Contract of Construction, 2. Aufl. 2017: „The contract shall be governed by the law of the country (or other jurisdiction) stated in the Contract Data (if not stated, the law of the country) excluding any conflict of law rules.“ Wählen die Vertragsparteien eines FIDIC-Vertrages deutsches Recht, kann dies mit Blick auf die dem deutschen Recht nicht geläufigen Begriffe und Rechtsfiguren des englischen Rechts allerdings in nicht wenigen Fällen zu Auslegungsproblemen führen.<sup>31</sup> Hinzu kommen die mit der Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB verbundene Rechtsunsicherheit in Bezug auf eine etwaige Privilegierung der FIDIC-Books im Sinne von § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB und die Schwierigkeiten bei der Inhaltskontrolle einzelner Klauseln.<sup>32</sup>

### c) Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstands

In Anbetracht von Erwägungsgrund 12 der Rom I-Verordnung ist in der Vereinbarung eines einheitlichen und ausschließlichen Gerichtsstandes ein starkes Indiz für eine konkludente Wahl des am Gerichtsort geltenden Rechts zu sehen.<sup>33</sup> Wie der BGH mit Urteil vom 16.9.2015 ausgeführt hat, beinhaltet eine Gerichtsstandsvereinbarung bei Fehlen gegenläufiger Anhaltspunkte regelmäßig zugleich die konkludente Wahl des an diesem Gerichtsstand geltenden Rechts, da die Vertragsparteien im Allgemeinen davon ausgehen, dass das als zuständig vereinbarte Gericht sein eigenes Recht anwenden werde und dies dementsprechend auch anwenden soll.<sup>34</sup>

### d) Weitere Kriterien einer stillschweigenden Rechtswahl

Der Abschluss- oder der Erfüllungsort können in aller Regel lediglich unterstützend herangezogen werden und begründen

ohne Hinzutreten weiterer Umstände grundsätzlich nur ein schwaches Indiz für eine stillschweigende Rechtswahl;<sup>35</sup> dies dürfte im Regelfall auch für eine gemeinsame Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien gelten.<sup>36</sup> Auch der Wohnsitz und Erfüllungsort nur einer Partei in einem bestimmten Mitgliedstaat kann nicht genügen.<sup>37</sup> Ebenso wenig dürfte die Vertragssprache als alleiniges Kriterium für eine stillschweigende Rechtswahl ausreichen, sondern nur einen schwachen Hinweis auf eine stillschweigende Rechtswahl geben; der Vertrags-

24 BGH, Urt. v. 14.1.1999, NJW-RR 1999, 813.

25 BGH, Urt. v. 10.4.2003, BKR 2003, 672, 673 (im Zusammenspiel mit einer Gerichtsstandsklausel); dem BGH zustimmend Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 348; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 63; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 17; Ferrari in: Ferrari, Internationales Vertragsrecht, VO (EG) 593/2008, Art. 3 Rn. 34.

26 OLG Stuttgart, Urt. v. 12.2.2019, NJW 2019, 2708, 2709.

27 Schröder, ZfBR 2022, 634, 635; BeckOKG/Köhler, Stand 1.9.2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 384; vgl. auch Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 29.

28 Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 17; Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 29; Stöckli/Schwery in: Kronke/Melis/Kuhn, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2017, Teil C Rn. 435, 452; vgl. auch Ritter/Schätzlein in: Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020, II. FIDIC-Standardbedingungen Rn. 7.

29 Stöckli/Schwery in: Kronke/Melis/Kuhn, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2017, Teil C Rn. 452; Ritter/Schätzlein in: Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020, II. FIDIC-Standardbedingungen Rn. 46; Jacquet/Delebecque/Usunier, Droit international du commerce, 4. Aufl. 2021, Rn. 653.

30 Erman/Stürner, 17. Aufl. 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 16; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 17; Ritter/Schätzlein in: Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020, II. FIDIC-Standardbedingungen Rn. 54; Stöckli/Schwery in: Kronke/Melis/Kuhn, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2017, Teil C Rn. 435.

31 Bonke/Stumpf, NZBau 2018, 449, 450; Triebel/Balthasar, NJW 2004, 2189, 2191; Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 14 Rn. 14.2; Klaf/Menrath in: Ostendorf, Internationale Wirtschaftsverträge, 3. Aufl. 2023, § 21 Rn. 43.

32 Bonke/Stumpf, NZBau 2018, 449, 450; vgl. auch Kaminsky in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 5. Aufl. 2019, Übersicht und Erläuterungen zu den FIDIC Conditions of Contract, Rn. 11; zu den einzelnen Klauseln vgl. Klaf/Menrath in: Ostendorf, Internationale Wirtschaftsverträge, 3. Aufl. 2023, § 21 Rn. 81.

33 BAG, Urt. v. 10.4.2014, BeckRS 2014, 71952; BGH, Urt. v. 13.6.1996, NJW 1996, 2569; OLG Frankfurt, Beschl. v. 7.1.2019, BeckRS 2019, 389; Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 38 Rn. 38.2; Ferrari/Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rom I-VO Rn. 29; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 17; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 51.

34 BGH, Urt. v. 16.9.2015, NZI 2015, 1033, 1036, mit Anm. Mankowski; BGH, Urt. v. 13.6.1996, NJW 2569, 2570.

35 BAG, Vorlagebeschl. v. 24.6.2020, BeckRS 2020, 29723; BAG, Urt. v. 15.12.2016, BeckRS 2016, 112956; BGH, Urt. v. 7.12.2000, NJW 2001, 1936, 1937; Grüneberg/Thorn, 83. Aufl. 2024, BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 7; vgl. Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 96, 98; Rauscher/v. Hein, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 3 Rom I-VO Rn. 38; BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 593/2008 Art. 3 Rn. 28.

36 BGH, Beschl. v. 14.4.2005, NJW-RR 2005, 929, 931; Grüneberg/Thorn, 83. Aufl. 2024, BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 7; Rauscher/v. Hein, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 3 Rom I-VO Rn. 109; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 98; BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 593/2008 Art. 3 Rn. 28.

37 OLG Saarbrücken, Urt. v. 11.06.2015, BeckRS 2015, 12044; vgl. aber EBJ/Kindler, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. § 92 c HGB Rn. 13; LG Hamburg, Urt. v. 19.6.1980, IPRax 1981, 174.

sprache kann mithin allenfalls eine unterstützende Funktion zukommen.<sup>38</sup>

In seinem jüngsten Urteil vom 10.11.2022 hat das OLG Brandenburg in Bezug auf einen Bauvertrag - deutlich zu weit gehend - unter Hinweis darauf, dass sich das Bauobjekt in Deutschland befindet und nähere Absprachen vor Ort getroffen worden sind, allerdings eine konkludente Wahl inländischen Rechts angenommen.<sup>39</sup>

### e) Nachträgliche (konkludente) Rechtswahl

Indiz für eine (nachträgliche) Rechtswahl kann auch das Verhalten der Parteien innerhalb des Prozessverfahrens sein.<sup>40</sup> Dies wird vor allem dann in Betracht kommen, wenn die Parteien übereinstimmend von der Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung ausgehen und sich im Prozess auf diese beziehen.<sup>41</sup> Für eine die ursprünglich geltende Rechtsordnung abändernde Rechtswahl bedarf es nach der Rechtsprechung des BGH allerdings eines dahingehenden beiderseitigen Gestaltungswillens.<sup>42</sup>

## II. Objektive Anknüpfung von Bauverträgen

Der Werk- bzw. Bauvertrag ist in der Rom I-VO mit keinem Wort erwähnt; Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO spricht lediglich davon, dass Dienstleistungsverträge dem Recht des Staates unterliegen, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

### 1. Qualifizierung des Bauvertrages als Dienstvertrag

Wie aus Erwägungsgrund 17 der Rom I-VO ersichtlich, soll der Begriff „Erbringung von Dienstleistungen“ wie in Art. 7 der Brüssel Ia-VO bzw. der EuGVVO ausgelegt werden.<sup>43</sup> Der Begriff der Dienstleistung des Art. 7 Nr. 1 lit. b 2. Alt. ist allerdings auch in der EuGVVO nicht definiert – er ist unionsrechtlich autonom und losgelöst von der lex causae auszulegen.<sup>44</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH ist unter dem weit zu fassenden Begriff der Dienstleistung eine Tätigkeit gegen Entgelt zu verstehen, die nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit von Personen unterliegt.<sup>45</sup> Erfasst werden hierbei grundsätzlich Dienstleistungen jeglicher Art wie bspw. kaufmännische und gewerbliche sowie handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeiten, die (in wirtschaftlicher und sozialer Selbstständigkeit) auf die Erbringung von Diensten oder auf die Erstellung und Lieferung von Werken gerichtet sind.<sup>46</sup>

#### a) Deutsches Recht

Wie der BGH mit Urteil vom 26.4.2018 in Bezug auf die De- und Remontage einer Maschinenanlage sowie deren Transport und das OLG München mit Urteil vom 7.6.2011 für einen Bauvertrag zur Errichtung einer Glashausanlage in Bezug auf Art. 7 Nr. 1 lit. b 2. Alt. EuGVVO ausdrücklich klargestellt

haben, fallen unter den Begriff der Dienstleistung des Art. 7 Nr. 1 lit. b EuGVVO nicht nur Tätigkeiten im Sinne von § 611 BGB, sondern auch werkvertragliche Leistungen gemäß § 631 BGB.<sup>47</sup> Als Dienstleistungsverträge unterliegen Werk- bzw. Bauwerkverträge unter kollisionsrechtlichen Gesichtspunkten (mangels Rechtswahl) nach Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO dem Recht am Niederlassungsort des die vertragstypische Leistung erbringenden Werkunternehmers.<sup>48</sup> Die Neuregelung des deutschen Bauvertragsrechts in den §§ 650 a ff. BGB hat an der Qualifizierung als Dienstvertrag nichts geändert.<sup>49</sup>

Hat der Bauunternehmer im konkreten Fall ein Bündel von verschiedenen Leistungspflichten übernommen, sind also Bestandteile des Vertrages durch mehr als einen der Buchstaben der lit. a bis h des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO abgedeckt und damit verschiedenen Vertragstypen zuzuweisen, ist auf die Auffangregel des Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO abzustellen.<sup>50</sup>

38 BAG, Vorlagebeschl. v. 24.6.2020, BeckRS 2020, 29723; BGH, Urt. v. 23.3.2016, NJW 2016, 2285, 2286; BGH, Urt. v. 8.10.1991, NJW 1992, 618, 619; OLG Frankfurt, Beschl. v. 7.1.2019, BeckRS 2019, 389; Martiny in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 2.116; Rauscher/v. Hein, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 3 Rom I-VO Rn. 34; vgl. aber BGH, Urt. v. 25.9.1997, NJW 1998, 1321.

39 OLG Brandenburg, Urt. v. 11.10.2022, NJW 2023, 927.

40 BAG Urt. v. 15.12.2016, BeckRS 2016, 112956; Grüneberg/Thorn, BGB, 83. Aufl. 2024, Art. 3 Rom I-VO Rn. 8; Grieger in: Fuchs/Grieger, Handbuch internationales Baurecht, 1. Aufl. 2021, Kap. 2 D. Rn. 54

41 BGH, Urt. v. 30.10.2008, NJW 2009, 1205, 1206, im konkreten Fall jedoch „beiderseitigen Gestaltungswillens“ fordernd; BGH, Urt. v. 9.12.1998, NJW 1999, 950, 951; BGH, Urt. v. 24.11.1989, NJW-RR 1990, 248, 249; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 54.

42 BGH, Urt. v. 30.10.2008, NJW 2009, 1205, 1206; BGH, Urt. v. 19.1.2000, NJW-RR 2000, 1002, 1004; Staudinger/Wendland, BGB, Neubearbeitung 2022, Anh. zu §§ 305-310 BGB Rn. 7; Sacher in: Kniffka/Koebke/Jurjeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 15 Rn. 87; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 17.

43 Hök, ZfBR 2008, 741, 748; Ritter/Schätzlein in: Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020, Kap. E Einl. Rn. 59; Nordmeier in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 7; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 43.

44 EuGH, Urt. v. 23.4.2009, EuZW 2009, 510; EuGH, Urt. v. 19.12.2013, EuZW 2014, 181, 183; BGH, Urt. v. 2.3.2006, NJW 2006, 1806; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.9.2007, NJW-RR 2008, 223, 224; Rauscher, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 1816; Geimer/Schütze IntRechtsverkehr/Paulus VO, EL 52 Sep. 2016, (EG) 1215/2012 Art. 7 Rn. 96.

45 EuGH, Urt. v. 14.7.2016, EuZW 2016, 747, 749 mit Anm. Landbrecht; EuGH, Urt. v. 19.12.2013, EuZW 2014, 181, 183; EuGH, Urt. v. 23.4.2009, EuZW 2009, 510; BGH, Urt. v. 2.3.2006, NJW 2006, 1806; Rauscher/Thorn, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 35.

46 Geimer in: Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 7 EuGVVO Rn. 134 b; Stadler/Krüger in: Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl. 2023, EuGVVO Art. 7 Rn. 9.

47 BGH, Urt. v. 26.4.2018, NJW 2019, 76, 78; OLG München, Urt. v. 7.6.2011, NJW-RR 2011, 1169, 1171; Rauscher/Leible, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2021, Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 67; Sacher in: Kniffka/Koebke/Jurjeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 15 Rn. 80.

48 KG, Urt. v. 15.2.2022, BeckRS 2022, 2437; OLG Brandenburg, Urt. v. 10.11.2022, NJW 2023, 927; OLG München, NJOZ 2018, 1390, 1390 (für Kfz-Reparaturen); Hök, ZfBR 2008, 741, 748; Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 14 Rn. 14.3 sowie Kap. 38 Rn. 38.5; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 23; Grüneberg/Thorn, BGB, 83. Aufl. 2024, Art. 4 Rom I-VO Rn. 10; BeckOKG/Köhler, Stand 1.9.2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 379.

49 Erman/Stürner, 17. Aufl. 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 16; Sacher in: Kniffka/Koebke/Jurjeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 15 Rn. 80.

Die Qualifizierung als Dienstleistungsvertrag nach Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO gilt auch für die Anknüpfung von Architekten- und Ingenieurverträgen,<sup>51</sup> es kommt mithin das Recht am Ort der Niederlassung des Architekten bzw. Ingenieurs zur Anwendung.

### b) Französisches Recht

Dass der Werk- bzw. Bauvertrag als Dienstleistungsvertrag entsprechend Art. 4 Abs. 1 lit. b der Rom I-VO einzustufen ist, entspricht auch der unbestrittenen Meinung der Literatur im französischen Recht.<sup>52</sup> Rechtsprechung zur Qualifizierung des Bauvertrages als Dienstvertrag im Sinne der Neufassung des Art. 4 Abs. 1 lit. b der Rom I-VO liegt bislang noch nicht vor; in Übereinstimmung mit dem Urteil der Cour d'Appel de Colmar vom 19.10.2023 hat die bisherige Rechtsprechung der Cour de Cassation in der Vergangenheit immer auf die vertragscharakteristische Leistung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 EVÜ abgestellt, womit es (vorbehaltlich einer engeren Verbindung nach Art. 4 Abs. 3 EVÜ) auf die Niederlassung des Bauunternehmers ankam.<sup>53</sup>

### c) Recht am Ort der Niederlassung

Die Bestimmung der Niederlassung erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen gemäß Art. 19 Rom I-VO, womit im Regelfall auf den Ort der Hauptniederlassung des Werkunternehmers abzustellen ist. Ergänzend ist Art. 19 Abs. 2 Rom I-VO zu beachten, wenn der Bauvertrag nicht von der Hauptniederlassung, sondern von der Niederlassung in einem anderen Mitgliedsstaat geschlossen und durchgeführt werden soll bzw. diese nach dem Willen der Vertragsparteien die Bauleistungen zu erbringen hat; es findet dann das Recht des Staates Anwendung, in dem diese Niederlassung ihren Sitz hat.<sup>54</sup>

## 2. Anknüpfung des Bauträgervertrages und der Tatbestand des Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO

Wie die Cour d'Appel de Colmar in ihrer Entscheidung vom 19.10.2023 nochmals in Erinnerung ruft, kommt eine Anknüpfung des herkömmlichen Bauvertrages nach Art. 4 Abs. 1 lit. c der Rom I-VO nicht in Betracht, da es bei den Streitgegenständlichen Bauleistungen nicht um ein dingliches Recht an der Immobilie geht bzw. diese keine Nutzung des Grundstückes zum Inhalt haben.<sup>55</sup>

Was die Anknüpfung des Bauträgervertrages anbetrifft, ist nach wie vor nicht unumstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen dieser unter die Vorschrift des Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO fällt oder nach Art. 4 Abs. 1 lit. c auf die Belegenheit des Bauvorhabens abgestellt werden muss. Während die hM auf den Bauträgervertrag mit Blick auf die Verschaffung des Eigentums an dem zu bebauenden Grundstück gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c die *lex rei sitae* anwenden will,<sup>56</sup> möchte eine Mindermeinung danach unterscheiden, ob die Bauleistungen oder die Verschaffung des Grundstückes im Vordergrund stehen bzw. der Grundstückswert den Wert der Bauleistungen übersteigt – nur im letzten Fall könne eine Anknüpfung nach lit. c

an den Ort des Bauvorhabens in Betracht kommen; in allen übrigen Fällen sei auch beim Bauträgervertrag von einer Anknüpfung als Dienstleistungsvertrag nach Art. 4 Abs. 1 lit. b auszugehen.<sup>57</sup> Richtigerweise ist der Bauträgervertrag, da er als typengemischter Vertrag unter mehrere Tatbestände des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO zu subsumieren ist, nach Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO zu behandeln, womit das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Bauträgers zur Anwendung kommt.<sup>58</sup>

In seiner Entscheidung von 20.4.2023 unterstellt das OLG Brandenburg (ungeachtet einer konkludenten Rechtswahl der Parteien) den Bauträgervertrag dem Ort des Bauvorhabens im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO, ohne Art. 4 Abs. 1 lit. b oder lit. c überhaupt zu erwähnen.<sup>59</sup>

Eine abweichende Anknüpfung nach verbraucherrechtlichen Grundsätzen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO kommt beim Bauträgervertrag aufgrund der Vorschrift des Art. 6 Abs. 4 lit. c Rom I-VO nicht in Betracht.<sup>60</sup> Bei Bauvorhaben im Inland ist unabhängig davon, welchem Recht der Bauträger-

50 Stöckli/Schwery in: Kronke/Melis/Kuhn, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2017, Teil C Rn. 435.

51 Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 12 Rn. 12.5; Leible in: Hüstege/Mansel, BGB, Rom-Verordnungen, 3. Aufl. 2019, Art. 4 Rom I-VO Rn. 141; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 27; Ritter/Schätzlein in: Roquette/Schweiger, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020, Kap. E Einl. Rn. 59.

52 Sénéchal, RDI 2008, 526 ff, Rn. 10, 11; Audit/Bollée/Callé, Droit du Commerce international et des investissements étrangers, 3. Aufl. 2019, Rn. 534; Racine/Siiriainen, Droit du commerce international, 3. Aufl. 2018, Rn. 380; Ancel/Deumier/Laazouzi, Droit des contrats internationaux, 2. Aufl. 2020, Rn. 257; auf Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO abstellend Jacquet/Delebecque/Usunier, Droit international du commerce, 4. Aufl. 2021, Rn. 652.

53 Cass. Civ., Urt. v. 23.9.2014, Nr. 11-20.972 und Nr. 11-23.948; Cass. Com., Urt. v. 19.10.2010, Nr. 09-69.246; CA Paris, Urt. v. 8.4.2010 Nr. 07/17965.

54 Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 20; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 349; Rauscher/Thorn, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 43.

55 Vgl. auch CA Paris, Urt. v. 8.4.2010 Nr. 07/17965; Rauscher/Thorn, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 41; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 21; Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 11; aus französischer Sicht vgl. CA Paris, Urt. v. 8.4.2010, Nr. 07/17965; Jacquet/Delebecque/Usunier, Droit international du commerce, 4. Aufl. 2021, Rn. 652; Racine/Siiriainen, Droit du commerce international, 3. Aufl. 2018, Rn. 380; Audit/Bollée/Callé, Droit du Commerce international et des investissements étrangers, 3. Aufl. 2019, Rn. 534; hierzu auch Vignal, Droit international privé, 5. Aufl. 2020, Rn. 435, der die *lex rei sitae* als die überzeugendere Anknüpfung empfindet.

56 Grüneberg/Thorn, BGB, 83. Aufl. 2024 Art. 4 Rom I-VO Rn. 16; MüKo-BGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 4 Rn. 124; PWW/Brödermann/Wegen, BGB, 18. Auflage 2023, Anh. zu Art. 4 Rom I-VO Rn. 10; Audit/Bollée/Callé, Droit du Commerce international et des investissements étrangers, 3. Aufl. 2019, Rn. 534.

57 BeckOKG/Köhler, Stand 1.9.2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 385; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 384.

58 Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 22

59 OLG Brandenburg, Urt. v. 20.4.2023, NJW 2023, 2284.

60 Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 22.

vertrag untersteht, im Hinblick auf Art. 9 Rom I-VO die MaBV anzuwenden.<sup>61</sup>

### 3. Anknüpfung des Subunternehmervertrages

#### a) Keine akzessorische Anknüpfung an den Hauptvertrag

Die vorgenannten Grundsätze gelten auch in Bezug auf die kollisionsrechtliche Behandlung eines Subunternehmervertrages. Nach hM ist der Subunternehmervertrag mangels (grundsätzlich zulässiger)<sup>62</sup> Rechtswahl nicht akzessorisch an den Hauptvertrag anzuknüpfen, sondern folgt eigenständig der Regel des Art. 4 Abs. 1 lit. b der Rom I-VO, womit das Recht am Sitz des Subunternehmers zur Anwendung berufen ist;<sup>63</sup> dies dürfte auch dann gelten, wenn der Subunternehmervertrag ausdrücklich auf den Hauptvertrag Bezug nimmt.<sup>64</sup> In Ausnahmefällen kann auch hier das Recht am Ort des Bauvorhabens als engere Verbindung entsprechend Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO zur Anwendung kommen.<sup>65</sup> Nach anderer Auffassung ist - im Interesse einer einheitlichen Anknüpfung - beim Subunternehmervertrag grundsätzlich auf das Recht des Hauptvertrages abzustellen, wobei zur Begründung einer derart akzessorischen Anknüpfung üblicherweise auf Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO abgestellt wird.<sup>66</sup>

#### b) Besonderheiten des französischen Rechts

Mit der Anknüpfung des Subunternehmervertrages an die Niederlassung des Subunternehmers nach Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom VO ist allerdings noch nicht darüber entschieden, welchem Recht das Verhältnis zwischen Subunternehmer und Bauherren unterliegt. So hat der Subunternehmer nach Art. 12 des französischen Gesetzes vom 31.12.1975 unter gewissen Voraussetzungen einen unmittelbaren Zahlungsanspruch (*action directe*) gegenüber dem Bauherrn. Nach der wohl hM richtet sich die grundsätzliche Zulässigkeit eines derartigen Direktanspruches nach dem Statut des Subunternehmervertrages, wohingegen der Inhalt bzw. die Grenzen einer *action directe* dem Recht des zwischen Hauptunternehmer und Bauherrn geltenden Vertragsverhältnisses untersteht.<sup>67</sup> So bestimmt Art. 13 Abs. 2 des betreffenden Gesetzes, dass die Pflichten des Bauherrn gegenüber dem Subunternehmer nicht über die Pflichten hinausgehen können, die den Bauherrn im Verhältnis zum Hauptunternehmer treffen.

Ein Direktanspruch des Subunternehmers gegen den Bauherren nach Art. 12 des Gesetzes vom 31.12.1975 kommt auf den ersten Blick daher lediglich dann in Betracht, wenn der Subunternehmervertrag französischem Recht unterliegt.<sup>68</sup> Aus französischer Sicht gilt dies allerdings nur dann, wenn sich das Bauvorhaben nicht in Frankreich befindet; liegt der Ort der Baustelle in Frankreich, kommt der ausländische Subunternehmer nach der Rechtsprechung der Cour de Cassation unabhängig davon in den Genuss eines Direktanspruches, ob auf den Hauptunternehmer- oder den Subunternehmervertrag französisches Recht anwendbar ist.<sup>69</sup>

Mit Entscheidung vom 20.4.2017 hat die Cour de Cassation zwischenzeitlich weitergehend entschieden, dass der erforder-

liche Bezug zum französischen Recht auch dadurch hergestellt werden kann, dass der Subunternehmer seine Niederlassung in Frankreich hat oder dort der Erfüllungsort der Werkleistungen zu lokalisieren ist bzw. die betreffenden Waren zur Verwendung für eine in Frankreich liegende Baustelle vorgesehen sind.<sup>70</sup>

### 4. Anknüpfung des Anlagenbauvertrages und die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts

#### a) gewöhnlicher Aufenthaltsort des Schuldners

Umstritten ist die Behandlung von typengemischten Verträgen wie bspw. Industrieanlageverträgen, da diese grundsätzlich weder als Kauf- noch als Dienstleistungsvertrag einzustufen sind. Da der Anlagenbauer die vertragstypische Leistung erbringt, ist (sofern man nicht bereits auf Art. 4 Abs. 1 lit. b abstellen möchte)<sup>71</sup> für den Anlagenbauvertrag als typengemischter Vertrag nach Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO grundsätzlich

61 Zwickel in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 5 Rn. 5.88; Doehner in: Hülstege/Mansel, BGB, Rom-Verordnungen, 3. Aufl. 2019, Art. 9 Rom I-VO Rn. 32; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 9 Rom I-VO Rn. 168; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 66.

62 Mainguy/Nourissat in: Béguin/Menjuq, Droit du Commerce international, 3. Aufl. 2019, Rn. 1099; Racine/Siiriainen, Droit du commerce international, 3. Aufl. 2018, Rn. 387; Jacquet/Delebecque/Usunier, Droit international du commerce, 4. Aufl. 2021, Rn. 660.

63 BGH, Urt. v. 25.2.1999, NJW 1999, 2442, 2443; Hök, ZfBR 2014, 315, 316; Pulkowski, IPRax 2001, 303, 308; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 347; Stöckli/Schwery in: Kronke/Melis/Kuhn, Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2017, Teil C Rn. 423; BeckOKG/Köhler, Stand 1.9.2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 380; Racine/Siiriainen, Droit du commerce international, 3. Aufl. 2018, Rn. 387; Kenfack, Droit du Commerce international, 8. Aufl. 2023, S. 230; Jacquet/Delebecque/Usunier, Droit international du commerce, 4. Aufl. 2021, Rn. 660; BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 4 VO (EG) 593/2009, Rn. 35.

64 Zutreffend Pulkowski, IPRax 2001, 306, 308.

65 Erman/Stürner, 17. Aufl. 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 16; Racine/Siiriainen, Droit du commerce international, 3. Aufl. 2018, Rn. 387.

66 Jayme, Festschrift Pleyer, 1986, 371, 377; Cachard, Droit du Commerce international, 3. Aufl. 2019, Rn. 884; vgl. hierzu MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 61; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 24.

67 Ancel/Deumier/Laazouzi, Droit des contrats internationaux, 2. Aufl. 2020, Rn. 306; in diese Richtung auch Cass. Civ., Urt. v. 15.1.1991, Rev. Crit. DIP 1993, 43 mit Anm. Muir Watt; vgl. auch Audit/Bollée/Callé, Droit du Commerce international et des investissements étrangers, 3. Aufl. 2019, Rn. 541, die ihrerseits der Auffassung sind, dass der betreffende Anspruch dem Recht des Hauptvertrages unterliegt; Jacquet/Delebecque/Usunier, Droit international du commerce, 4. Aufl. 2021, Rn. 661; ablehnend auch Heuzé, Rev. Crit. DIP 1996, 243 Rn. 6 und 13; zur sog. Kumulationslösung vgl. MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 61 und Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 38 Rn. 38.9.

68 Jacquet/Delebecque/Usunier, Droit international du commerce, 4. Aufl. 2021, Rn. 661; Kenfack, Droit du Commerce international, 8. Aufl. 2023, S. 230; Ancel/Deumier/Laazouzi, Droit des contrats internationaux, 2. Aufl. 2020, Rn. 306; Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 95.

69 Cass. Com., Urt. v. 20.4.2017, Rev. Crit. DIP 2017, 542 mit Anm. Bureau; Cass. Civ., Urt. v. 25.2.2009, D 2009, 806 mit Anm. Delpech; Cass. Ch. mixte, Urt. v. 30.11.2007, Rev. Crit. DIP 2007, 542 mit Anm. Bureau; Hafel, Droit international privé, 3. Aufl. 2023, Rn. 613; Mainguy/Nourissat in: Béguin/Menjuq, Droit du Commerce international, 3. Aufl. 2019, Rn. 1099; Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 95.

70 Cass. Com., Urt. v. 20.4.2017, Rev. Crit. DIP 2017, 542 mit Anm. Bureau; Hafel, Droit international privé, 3. Aufl. 2023, Rn. 613 Fn. 1.

das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Anlagenbauers maßgeblich.<sup>72</sup> Eine Anknüpfung an den Ort der Errichtung der Anlage im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO wird im Regelfall nicht in Betracht kommen.<sup>73</sup>

#### b) Keine Anwendung des CISG

Derartige Verträge sind im Zweifel (reine) Werkverträge und dürften nur dann unter den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts fallen, wenn die Bau- und Montageleistungen hinter den kaufvertraglichen Pflichten des Verkäufers bzw. Auftragnehmers zurückbleiben.<sup>74</sup> Zur Begründung wird hierbei auf Art. 3 Abs. 2 CISG abgehoben, wonach das CISG nicht auf Verträge Anwendung findet, bei denen der überwiegende Teil der Pflichten der liefernden Partei in der Ausführung von Arbeiten und Dienstleistungen besteht.<sup>75</sup> Ein „Überwiegen“ in diesem Sinne wurde bislang gemeinhin dann angenommen, wenn der Wert der Arbeiten und der Dienstleistungen den Wert der herzustellenden und zu liefernden Ware deutlich übersteigt.<sup>76</sup>

Der BGH hat in einer Entscheidung vom 7.12.2017, dem ein Vertrag zur Konzipierung, Lieferung und Montage einer Anlage zur Produktion von Kartoffelchips zugrunde lag, das Wertverhältnis zwischen Dienstleistung und Warenwert nicht als allein entscheidend erachtet und die Auffassung vertreten, dass es sich um einen Werkvertrag handelt, der Arbeiten an einem Bauwerk zum Gegenstand hat. Auf einen derartigen Werkvertrag seien die Vorschriften des UN-Kaufrechts jedoch nicht anwendbar, da der Vertrag nicht auf einen Warenaustausch gerichtet sei, sondern die Herstellung einer Gesamtanlage im Vordergrund stehe.<sup>77</sup> Ein „Überwiegen“ in diesem Sinne ist demnach bereits dann anzunehmen, wenn aus der für den Lieferanten erkennbaren Sicht des Erwerbers die Arbeiten und anderen Dienstleistungen im Mittelpunkt stehen und zwar unabhängig davon, ob der Wert dieser Leistungen den Wert der Waren erreicht.<sup>78</sup> Mit Entscheidung vom 23.5.2023 hat auch der OGH klargestellt, dass typengemischte Verträge wie Anlagenlieferverträge dann nicht dem Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts unterliegen, wenn der Anteil der kauffremden Vertragspflichten wertmäßig „oder nach dem Parteiinteresse“ deutlich überwiegt.<sup>79</sup>

Herkömmliche Lieferverträge mit Montage-, Inbetriebnahme- und Wartungspflichten hingegen sind in aller Regel wie ein Kauf anzuknüpfen, da hier üblicherweise die kaufvertraglichen Elemente im Vordergrund stehen bzw. wertmäßig überwiegen, weshalb derartige Verträge mit Blick auf Art. 3 Abs. 2 CISG in den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts fallen.<sup>80</sup>

## 5. Ort des Bauvorhabens als engere Verbindung nach Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO

### a) Deutsch-rechtlicher Ansatz

Nach wie vor umstritten ist das Konkurrenzverhältnis zwischen der Regelanknüpfung des Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO und der engeren Verbindung nach Art. 4 Abs. 3. Denn die als

Rechtsvermutungen ausgestalteten Anknüpfungsregeln des Art. 4 Abs. 1 und 2 Rom I-VO gelten nach Art. 4 Abs. 3 nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist. Wie sich aus dem Begriff „offensichtlich“ erschließt, ist die Vorschrift des Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO angesichts ihres Ausnahmecharakters und um die Reichweite der Anknüpfungen nach Art. 4 Abs. 1 und 2 Rom I-VO nicht über Gebühr einzuschränken, grundsätzlich eng auszulegen.<sup>81</sup> Der Terminus „offensichtlich“ in Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO ist dabei im Sinne einer „rechtlichen Gewichtigkeit“ zu verstehen.<sup>82</sup> Dies bedeutet im Verhältnis zu Art. 4 Abs. 5 EVÜ insofern eine Verschärfung, als es dort noch darauf ankam, dass der Vertrag „eine deutlich engere“ Verbindung zu einem anderen Staat aufweist.<sup>83</sup>

Um es mit den Worten des BGH zu sagen: „Denn auch soweit Art. 28 Abs. 2 bis Abs. 4 EGBGB im Wege des Regel-Ausnahme-Verhältnisses der Vorrang vor Abs. 5 eingeräumt und daraus erhöhte Anforderungen an das Vorliegen eines Ausnahmefalls im Sinne des Abs. 5 abgeleitet werden, ist die Anwendbarkeit von Abs. 5 jedenfalls dann zu bejahen, wenn solche Anknüpfungspunkte zu einem anderen als dem nach Abs. 2 vermuteten Recht führen, die an Gewicht den von der Vermutung verwendeten Anknüpfungspunkt deutlich übertreffen, und sich ein anderes Zentrum des Leistungsaustauschs eindeutig ermitteln lässt, eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Schuldners der charakteristischen Leistung also blass und künstlich wirken müsste.“<sup>84</sup>

71 BeckOK BGB/Spickhoff, 68. Ed. 1.8.2023, VO (EG) 593/2008 Art. 4 Rn. 12; Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 8 Rn. 8.1.

72 Klat/Menrath in: Ostendorf, Internationale Wirtschaftsverträge, 3. Aufl. 2023, § 21 Rn. 75; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 4 Rn. 65; vgl. auch Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 23.

73 Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 8 Rn. 8.1; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 23; aA für komplexe Anlagevorhaben Hök, ZfBR 2008, 741, 749.

74 Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 355; Piltz, Internationales Kaufrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 2-38; vgl. hierzu auch Klat/Menrath in: Ostendorf, Internationale Wirtschaftsverträge, 3. Aufl. 2023, § 21 Rn. 78 f.

75 Vgl. Ferrari in: Schlechtriem/Schwenzer/Schröter, UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 3 CISG Rn. 18.

76 vgl. BG, Urt. v. 16.7.2012, IHR 2014, 99, 100; Magnus, ZEuP 2020, 645, 658; MüKoHGB/Mankowski, 5. Aufl. 2021, Art. 3 CISG Rn. 13; Honsell/Siehr, CISG, 2. Aufl. 2011, Art. 3 CISG Rn. 7.

77 BGH, Urt. v. 7.12.2017, IHR 2018, 65, 68 mit Anm. Huber; Klat/Menrath in: Ostendorf, Internationale Wirtschaftsverträge, 3. Aufl. 2023, § 21 Rn. 79.

78 BGH, Urt. v. 7.12.2017, IHR 2018, 65, 68 mit Anm. Huber; hierzu auch Mäsch, JuS 2018, 580, 581; MüKoHGB/Mankowski, 5. Aufl. 2021, Art. 3 CISG Rn. 13; kritisch Magnus, ZEuP 2020, 645, 658.

79 OGH, Beschl. v. 23.5.2023, IHR 2023, 156, 159; OGH, Urt. v. 8.11.2005, IHR 2006, 87, 90.

80 BeckOK/Saenger, Stand 1.11.2023, Art. 3 CISG Rn. 8; Ferrari in: Schlechtriem/Schwenzer/Schröter, UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, Art. 3 CISG Rn. 17; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 345.

81 Nordmeier in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 18; Leible in: Hüfstege/Mansel, BGB, Rom-Verordnungen, 3. Aufl. 2019, Art. 4 Rom I-VO Rn. 70; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 4 Rn. 294.

82 Pfeiffer, EuZW 2008, 622, 626; PWW/Brödermann/Wegen, BGB, 18. Auflage 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 21.

83 Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 128.

Bei der diesbezüglichen Abwägung sind grundsätzlich alle Umstände und Kriterien heranzuziehen, die auch bei der Ermittlung einer stillschweigenden Rechtswahl Beachtung finden.<sup>85</sup> Liegen danach ausnahmsweise die Voraussetzungen der Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 der Rom I-VO vor, so ist das Recht dieses Staates von Amts wegen anzuwenden.<sup>86</sup>

Mit Urteil vom 15.2.2022 hat das Kammergericht jüngst nochmals ausdrücklich klargestellt, dass eine engere Verbindung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO nicht bereits dann begründet wird, wenn der Werkunternehmer seine Leistungen (wie gemeinhin üblich) am Ort der Baustelle zu erbringen hat.<sup>87</sup> Auch das OLG Köln hat in seiner Entscheidung vom 22.3.2021 darauf hingewiesen, dass das im Ausland belegene Bauvorhaben für sich allein noch keine offensichtlich engere Verbindung im Sinne des Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO zum Recht der Baustelle begründet.<sup>88</sup> Mit Urteil vom 25.2.1999 hatte bereits der BGH entschieden, dass die Baustelle in der Regel für sich genommen keinen hinreichenden Umstand darstellt, der eine engere Verbindung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 EVÜ vermitteln kann.<sup>89</sup> Auch die Tatsache, dass die Parteien zwingende (technische) Vorschriften am Ort des Bauvorhabens einzuhalten haben, vermag eine Anknüpfung an Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO grundsätzlich nicht zu rechtfertigen.<sup>90</sup> Eine engere Verbindung nach Art. 4 Abs. 3 kann sich allenfalls dann ergeben, wenn über die konkreten Bauarbeiten hinaus auch die wesentliche Planung und Organisation des Bauvorhabens im Land des Bauvorhabens erbracht wird;<sup>91</sup> auch bei umfangreichen Mitwirkungspflichten des Bestellers ist eine „Näherbeziehung“ im Sinne von Abs. 3 denkbar.<sup>92</sup>

Mit Urteil vom 20.4.2023 hat das OLG Brandenburg für einen Bauträgervertrag, der den Bau einer Doppelhaushälfte zum Inhalt hatte, allerdings die Auffassung vertreten, dass eine engere Beziehung im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO bereits dadurch begründet wird, dass der Vertragsschluss und die Durchführung des Vertrages in Deutschland erfolgt sind.<sup>93</sup>

### b) Französischer Ansatz

In Bezug auf diese Thematik merkt die Cour d'Appel de Colmar in ihrer Entscheidung vom 19.10.2023 an, dass mangels besonderer Anhaltspunkte grundsätzlich von der Regelanknüpfung des Art. 4 Abs. 1 und 2 EVÜ (nunmehr Art. 4 Abs. 1 lit. b der Rom I-VO) auszugehen ist. Um das von Seiten des Unionsgesetzgebers postulierte Regel/Ausnahmeverhältnis nicht zu unterlaufen, könne eine Anknüpfung an den Ort des Bauwerkes nur unter besonderen Voraussetzungen erfolgen.<sup>94</sup> Wie bereits die Cour d'Appel de Paris mit Entscheidung vom 8.4.2010 klargestellt hat, reicht es für eine Anwendung des Art. 4 Abs. 5 EVÜ (nunmehr Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO) nicht aus, dass sich das Bauvorhaben in Frankreich befindet.<sup>95</sup> Hinzu kommt, so die Cour d'Appel de Colmar in ihrer Begründung weiter, dass der Bauvertrag in deutscher Sprache abgefasst wurde und die Baupläne von einem deutschen Architekten gefertigt wurden. Nach älterer Rechtsprechung der Cour de Cassation war in Fällen dieser Art grundsätzlich

die *lex rei sitae* heranzuziehen und damit auf die Belegenheit des Bauwerkes abzustellen.<sup>96</sup>

Die Cour de Cassation hat sich zur Frage einer „Näherbeziehung“ durch die Belegenheit des Bauvorhabens gemäß Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO bislang nicht abschließend geäußert, in einer Entscheidung vom 23.9.2014 in Bezug auf ein Urteil der Cour d'Appel de Nancy vom 20.4.2011 jedoch nicht bemängelt, dass diese mit Blick auf den Ort des Bauvorhabens im Falle des Vorhandenseins weiterer Indizien wie der Vertragssprache eine engere Verbindung im Sinne von Art. 4 Abs. 5 EVÜ angenommen hat, die im Einzelfall dem Recht der Niederlassung des Bauunternehmers vorgehen kann.<sup>97</sup>

## III. Reichweite des Bauvertragsstatuts

Die Reichweite des Bauvertragsstatuts ergibt sich aus Art. 12 Rom I-VO; der Verweis des Art. 3 Abs. 5 Rom I-VO auf Art. 10

84 BGH, Urt. v. 26.7.2004, NJW-RR 2005, 206, 207.

85 Ferrari/Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, VO (EG) 593/2008 Art. 4 Rn. 73; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 131.

86 Schäuble in: Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021, § 16 Rn. 86; Ferrari/Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, VO (EG) 593/2008 Art. 4 Rn. 12; aA El Issa, Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et Droit applicable, 2022, Rn. 174.

87 KG, Urt. v. 15.2.2022, BeckRS 2022.

88 OLG Köln, Urt. v. 22.3.2021, NJW-RR 2021, 1109; zustimmend Hemler, IPRax 2022, 485, 487; BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 4 VO (EG) 593/2009, Rn. 24.

89 BGH, NJW 1999, 2442, 2443 mit krit. Anm. Pulkowski, IPRax 2001, 306 ff; Grüneberg/Thorn, 83. Aufl. 2024, Art. 4 Rom I-VO Rn. 10.

90 Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 21; in Bezug auf den Einfluß des öffentlichen Baurechts nuancierend Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 52; für das Recht am Ort des Bauvorhabens auch Jacobsen, Der grenzüberschreitende Bauvertrag in der Europäischen Union, 2022, S. 101.

91 BeckOKG/Köhler, Stand 1.9.2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 386.

92 Rauscher/Thorn, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 44; Klatf/Menrath in: Ostendorf, Internationale Wirtschaftsverträge, 3. Aufl. 2023, § 21 Rn. 76; für die Anknüpfung von komplexen Bau- und Anlagebauvorhaben an das Recht der Baustelle Hök, ZfBR 2008, 741, 749.

93 OLG Brandenburg, Urt. v. 20.4.2023, NJW 2023, 2284.

94 Vgl. auch Cass. Civ., Urt. v. 23.9.2014, Nr. 11-20.972 und Nr. 11-23.948; CA Paris, Urt. v. 8.4.2010 Nr. 07/17965; El Issa, Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et Droit applicable, 2022, Rn. 178; Audit/Bollée/Callé, Droit du Commerce international et des investissements étrangers, 3. Aufl. 2019, Rn. 534: se servir de la clause d'exception pour transformer la règle posée par les textes dénaturerait sa fonction; so auch Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 14 Rn. 14.4 und Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 21.

95 So auch CA Paris, Urt. v. 8.4.2010 Nr. 07/17965; vgl. auch Lepoutre, L'argus de l'assurance, Nr. 7542 v. 9.2.2008, S. 42, 43.

96 Cass. Civ., Urt. v. 10.7.1990, Rev. Arb. 1990, 851 ff mit Anm. Moitry/Vergne; Cass. Civ., Urt. v. 15.6.1982, JDI 1983, 602 ff mit Anm. Kahn; Cass. Civ., Urt. v. 26.11.1990, JDI 1981, 355 ff mit Anm. Kahn; CA Paris, Urt. v. 22.11.1980, JDI 1981, 585 mit Anm. Kahn; Audit/Bollée/Callé, Droit du Commerce international et des investissements étrangers, 3. Aufl. 2019, Rn. 534; El Issa, Les contrats internationaux de construction. Responsabilités et Droit applicable, 2022, Rn. 177; vgl. auch TGI Poitiers, Urt. v. 22.12.1999, Rev. Crit. DIP 2001, 670 mit Anm. Remy-Corlay.

97 Cass. Civ., Urt. v. 23.9.2014, Nr. 11-20.972 und Nr. 11-23.948; Ancel/Deumier/Laazouzi, Droit des contrats internationaux, 2. Aufl. 2020, Rn. 272; vgl. auch Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 350.



Abs. 1 Rom I-VO erstreckt das Vertragsstatut auch (obwohl in Art. 12 Rom I-VO nicht erwähnt) auf das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Vertrages einschließlich der Voraussetzungen der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und deren Inhaltskontrolle.<sup>98</sup> Es gilt der Grundsatz des einheitlichen Vertragsstatuts, wonach das in Rede stehende Schuldverhältnis von seiner Begründung bis zu seiner Beendigung zur Gänze dem Schuldstatut entsprechend der Art. 3 ff. Rom I-VO unterliegt.<sup>99</sup>

Nach Art. 12 Abs. 1 Rom I-VO betrifft die Reichweite des Vertragsstatuts insbesondere (aber nicht abschließend) die Auslegung des Vertrages (lit. a), die Erfüllung der durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen (lit. b), die Folgen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung (lit. c), die verschiedenen Arten des Erlöschens der Verpflichtungen sowie die Frage der Verjährung (lit. d) und die Folgen der Nichtigkeit des Vertrages.<sup>100</sup> Mit Urteil vom 27.2.2003 hat der BGH die Reichweite des Vertragsstatuts für einen Architekten- bzw. Ingenieurvertrag wie folgt zusammengefasst: „Das durch die Rechtswahl berufene deutsche Vertragsstatut erfasst nach Art. 32 EGBGB den Abschluss und die Auslegung des Vertrags, dessen Erfüllung sowie etwaige Leistungsstörungen, nicht hingegen zwingende öffentlich-rechtliche Rechtsvorschriften.“<sup>101</sup>

Richtig ist zufolge der Ansicht wird man auch das Bestehen eines Anspruches auf Bestellung einer Sicherungshypothek im Sinne von § 650 e BGB dem Vertragsstatut und nicht der *lex rei sitae* zu unterstellen haben.<sup>102</sup> Das gesetzliche Werkunternehmerpfandrecht hingegen richtet sich nicht nach dem Vertragsstatut, sondern folgt der *lex rei sitae*.<sup>103</sup>

Was die Frage der Einhaltung des am Ort des Bauvorhabens geltenden technischen Standards anbetrifft, ist auf das Vertragsstatut abzustellen; nach richtiger Auffassung handelt es sich hierbei nicht um Erfüllungsmodalitäten im Sinne von Art. 12 Abs. 3 Rom I-VO, da diese – um es mit dem BGH betreffend Art. 32 Abs. 2 EGBGB zu formulieren<sup>104</sup> – nicht die „Substanz der Vertragspflichten“, sondern nur die äußere Abwicklung der Erfüllung betreffen.<sup>105</sup>

Die aus dem Einbau von Baustoffen resultierenden sachenrechtlichen Fragen wie bspw. der Verlust des Eigentumes des Lieferanten nach den §§ 946 ff. BGB hingegen unterliegen nach Art. 43 Abs. 1 EGBGB allein der *lex rei sitae*, d.h. dem Recht am Lageort der Immobilie.<sup>106</sup> Ob das nach Art. 4 Abs. 1 lit. b der Rom I-VO anwendbare Recht auch Auswirkungen auf die Frage einer etwaig durch den Bauunternehmer zu stellenden Gewährleistungsversicherung (sog. *assurance décennale*) hat, diese Verpflichtung mithin aus dem Bauvertragsstatut abzuleiten ist, wird noch zu erörtern sein.<sup>107</sup>

Was die Geltung der HOAI anbetrifft, so unterliegt diese Frage nach der Rechtsprechung des BGH nicht dem Vertragsstatut, da die HOAI als öffentlich-rechtliche Verordnung kein Vertragsrecht regelt, sondern zwingendes Preisrecht zum Inhalt hat, so dass die Wahl des deutschen materiellen Schuldver-

tragsrechts die Regelungen der HOAI nicht erfasst.<sup>108</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich bei den Vorschriften der HOAI um Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO, die auch dann anzuwenden sind, wenn der Architektenvertrag einem ausländischen Vertragsstatut untersteht.<sup>109</sup> Ausschließlich im Ausland niedergelassene Architekten und Ingenieure, die ihre Leistungen nicht vom Inland aus erbringen, sind vom Preisrecht der HOAI nicht betroffen.<sup>110</sup>

## IV. Durchbrechung der Anknüpfung nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO

### 1. Position des französischen Rechts

In ihrem Urteil vom 19.10.2023 hatte die Cour d'Appel de Colmar auch darüber zu befinden, ob sich der Bauherr hinsichtlich der von ihm geltend gemachten Gewährleistungsrechte – obschon der Bauvertrag nach Art. 4 EVÜ (nunmehr Art. 4 Rom I-VO) deutschem Recht unterstand – mit Blick auf den Ort des Bauvorhabens im Elsass auf die im französischen

- 98 BGH, Urt. v. 25.1.2005, NJW-RR 2005, 1071, 1072 für eine Rechtswahl in AGB; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 167; Grüneberg/Thorn, BGB, 83. Aufl. 2024, Art. 3 Rom I-VO Rn. 2; Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 5 Rn. 15.
- 99 Rauscher/Freitag, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 10 Rom I-VO Rn. 1; MüKoBGB/Spellenberg, 8. Aufl. 2021, Art. 10 Rom I-VO Rn. 9.
- 100 Vgl. ergänzend Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 7; Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 5 Rn. 31 ff; Audit/Bollée/Callé, Droit du Commerce international et des investissements étrangers, 3. Aufl. 2019, Rn. 535.
- 101 BGH, Urt. v. 27.2.2003, NJW 2003, 2020, 2021.
- 102 BeckOKG/Köhler, Stand 1.9.2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 387; Rauscher/Thorn, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 43; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 352; Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 26.
- 103 Rauscher/Thorn, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 43; Staudinger/Magnus, Neubearbeitung 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 352.
- 104 BGH, NJW-RR 2006, 1694, 1695; Rauscher/Freitag, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl. 2023, Art. 12 Rom I-VO Rn. 21.
- 105 Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 12 Rn. 12.6 und § 14 Rn. 14.5; vgl. auch Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 5 Rn. 4; aA in Bezug auf DIN-Normen MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 62.
- 106 Hillig in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, Kap. P Rn. 13; vgl. auch Audit/Bollée/Callé, Droit du Commerce international et des investissements étrangers, 3. Aufl. 2019, Rn. 535.
- 107 Hierzu Sénéchal, RDI 2008, 526 ff; Audit/Bollée/Callé, Droit du Commerce international et des investissements étrangers, 3. Aufl. 2019, Rn. 535.
- 108 BGH, Urt. v. 27.2.2003, NZBau 2003, 386, 387; Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 12 Rn. 12.3; BeckOK BGB/Spickhoff, 68. Ed. 1.8.2023, VO (EG) 593/2008 Art. 9 Rn. 21.
- 109 BGH, Urt. v. 27.2.2003, NZBau 2003, 386, 387; BGH, Urt. v. 7.12.2001, NJW 2001, 1936, 1937; Leible in: Hüßtege/Mansel, BGB, Rom-Verordnungen, 3. Aufl. 2019, Art. 4 Rom I-VO Rn. 141; vgl. Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 12 Rn. 12.17.
- 110 Thode in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 9. Aufl. 2022, § 12 Rn. 12.16; Schwenker/Wessel in: Messerschmidt/Voit, 4. Aufl. 2022, HOAI § 1 Rn. 4; Koeble in: Kniffka/Koeble/Jurgleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 11 Rn. 274; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 60.

Recht geltende (mit der Abnahme beginnende) 10-jährige Gewährleistungspflicht des Art. 1792 Code Civil (sog. garantie décennale) berufen kann.<sup>111</sup>

Eine Durchbrechung der sich nach Art. 4 EVÜ bzw. Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO ergebenden Anknüpfungsgrundsätze würde voraussetzen, dass die (nach Art. 1792-5 Code Civil nicht zu Lasten des Bauherrn abdingbaren) Vorschriften zur 10-jährigen Gewährleistungshaftung des französischen Rechts in Art. 1792 Code Civil als zwingende Normen im Sinne von Art. 7 EVÜ bzw. Art. 9 Rom I-VO, mithin als „lois de police“ einzustufen sind, womit eine eingriffsrechtliche Sonderanknüpfung zu erfolgen hätte.<sup>112</sup>

Nach Art. 1792 des Code Civil ist der Hersteller eines Bauwerkes (constructeur de l'ouvrage) dem Bauherrn in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Bauwerkes gegenüber für sämtliche Schäden haftbar, die die Standfestigkeit des Gebäudes beeinträchtigen oder die Nutzbarkeit des Gebäudes einschränken.<sup>113</sup> In den Genuss derartiger Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche kommt dabei nicht nur der unmittelbare Bauherr bzw. Besteller, sondern auch jeder spätere Erwerber des Gebäudes.<sup>114</sup> Zu den Herstellern eines Bauwerkes rechnet nach Art. 1792-1 des Code Civil nicht nur der Bauunternehmer im engeren Sinne, sondern auch der Architekt, der Fertighaushersteller und der Bauträger sowie ganz grundsätzlich all diejenigen Personen, die ein selbst bebautes Grundstück nach dessen Bebauung veräußern, und zwar unabhängig davon, ob dies gewerblich oder privat erfolgt.<sup>115</sup>

Die betreffende Thematik ist keineswegs nur für deutsche Unternehmen relevant, die in Frankreich herkömmliche Bauleistungen erbringen, sondern betrifft nach Art. 1792-2 und 1792-4 Code Civil auch die Lieferung vorgefertigter Bauteile und von auf ein Bauvorhaben zugeschnittene Ausrüstungsgegenstände, die in das Bauvorhaben eingefügt werden und mit diesem fest verbunden sind (sog. EPERS).<sup>116</sup> Auch der Hersteller von für ein bestimmtes Bauwerk konzipierten Fenstern oder der Lieferant einer Wärmepumpe bzw. einer Heizungsanlage gilt demzufolge als „constructeur d'ouvrage“ und hat somit als Gesamtschuldner für etwaige Schäden am Bauwerk einzustehen, die auf Mängeln eines jeweiligen Bauteiles bzw. Ausrüstungsgegenstandes beruhen.<sup>117</sup> Die Gefahr, unter den Anwendungsbereich einer derartigen décennale-Gewährleistung zu geraten, ist umso relevanter, als der Bauherr den Werklohn so lange zurückbehalten darf, bis ihm der Werkunternehmer einen entsprechenden Versicherungsnachweis vorlegt, was ihm nach Ausführung der Werkleistung nicht mehr gelingen kann.<sup>118</sup>

Ohne dies näher zu begründen, vertritt die Cour d'Appel de Colmar in ihrer Entscheidung vom 19.10.2023 die Auffassung, dass die Vorschriften zur garantie décennale nicht als „lois de police“ entsprechend Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO verstanden werden können, eine Durchbrechung der Anknüpfung nach Art. 4 EVÜ bzw. Art. 4 Abs. 1 lit. b der Rom I-VO demnach nicht in Betracht kommt. In diesem Sinne hatte bereits die

Cour d'Appel de Paris mit Urteil vom 8.4.2010 entschieden und zur Begründung darauf abgehoben, dass die Gewährleistungsbestimmungen der Art. 1792 ff. Code Civil für die Wahrung des öffentlichen Interesses Frankreichs, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, nicht als entscheidend angesehen werden könnten, die fraglichen Vorschriften demnach nur „national zwingend“ seien.<sup>119</sup>

## 2. Werkvertragliche Normen als zwingendes Recht

Dass es sich bei den werkvertragsrechtlichen Bestimmungen der Art. 1792 ff. des Code Civil nicht um international zwingende Normen handelt, hat weitreichende Konsequenzen für die grenzüberschreitende Baupraxis, da deutsche Bauunternehmer, sofern der Bauvertrag keine Rechtswahl zugunsten des französischen Rechts vornimmt, künftig nicht mehr mit den Vorschriften der garantie décennale konfrontiert werden dürften: es verbliebe damit bei den Grundsätzen des Art. 12 Abs. 1 lit. d Rom I-VO, wonach die Frage der Gewährleistungsansprüche und deren Verjährung allein den Vorschriften des Schuldvertragsstatuts untersteht, mithin die 5-jährige Gewährleistungsfrist des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB Anwendung findet. In der Praxis ist diesbezüglich indes auch in Zukunft insofern noch Vorsicht geboten, als eine Entscheidung der Cour de

111 Hierbei handelt es sich nicht um eine Verjährungs-, sondern um eine Ausschlussfrist, vgl. Saint-Alary-Houin/Poumarède, Droit de la Construction, 12. Aufl. 2020, S. 224; Répertoire de droit civil/Boubli, Nov. 2016, Contrat d'entreprise - responsabilité des constructeurs, Rn. 569.

112 MüKobGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 63; Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 5 Rn. 31; Klaf/Menrath in: Ostendorf, Internationale Wirtschaftsverträge, 3. Aufl. 2023, § 21 Rn. 216.

113 Saint-Alary-Houin/Poumarède, Droit de la Construction, 12. Aufl. 2020, S. 219; Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats/Krajewski/Poumarède/le Tourneau, 2023/2024, Rn. 3312.1146; Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 84.

114 Müller-Graff, EuZW 2009, 679; Répertoire de droit civil/Boubli, Nov. 2016, Contrat d'entreprise - responsabilité des constructeurs, Rn. 564; Saint-Alary-Houin/Poumarède, Droit de la Construction, 12. Aufl. 2020, S. 223.

115 Braun, Vers 2009, 611, 612; Saint-Alary-Houin/Poumarède, Droit de la Construction, 12. Aufl. 2020, S. 222; Répertoire de droit civil/Boubli, Nov. 2016, Contrat d'entreprise - responsabilité des constructeurs, Rn. 541; Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats/Krajewski/Poumarède/le Tourneau, 2023/2024, Rn. 3312.150 und 3312.161.

116 Vgl. Mainguy, Contrats spéciaux, 13. Aufl. 2022, Rn. 592; Leguay/Dussaulx in: Malinvaud, Droit de la Construction, 7. Aufl. 2018/2019, Rn. 111.121; Bruns, VersR 2009, 611, 612.

117 Vgl. Répertoire de droit civil/Boubli, Nov. 2016, Contrat d'entreprise - responsabilité des constructeurs, Rn. 551; Roussel, Répertoire de droit immobilier, Assurance Construction, Sept. 2016, Rn. 163 ff.; vgl. auch Bruns, VersR 2009, 611, 612; Müller-Graff, EuZW 2009, 679.

118 Bruns, VersR 2009, 611, 614.

119 CA Paris, Urt. v. 8.4.2010, Nr. 07/17965 « ... qu'elles ne constituent pas une disposition dont l'application est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays »; vgl. Lepoutre, L'argus de l'assurance, Nr. 7542 v. 9.2.2008, S. 42, 43; krit. Roussel, Répertoire de droit immobilier, Assurance Construction, Sept. 2016, Rn. 41; nuancierend auch Audit/Bollée/Callé, Droit du Commerce international et des investissements étrangers, 3. Aufl. 2019, Rn. 536; für eine Einstufung der garantie décennale als zwingende Norm Klaf/Menrath in: Ostendorf, Internationale Wirtschaftsverträge, 3. Aufl. 2023, § 21 Rn. 216 sowie Jacobsen, Der grenzüberschreitende Bauvertrag in der Europäischen Union, 2022, S. 112.

Cassation zu dieser Fragestellung bislang noch nicht ergangen ist.<sup>120</sup>

In Bezug auf den Subunternehmervertrag hingegen vertritt die Cour de Cassation in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die einschlägigen Vorschriften des Gesetzes vom 31.12.1975 mit Blick auf dessen Art. 15 als „lois de police“ zu qualifizieren sind, sofern der Sachverhalt eine Nähebeziehung zu Frankreich aufweist, was grundsätzlich dann der Fall ist, wenn sich das Bauvorhaben bzw. der Erfüllungsort der Werkleistungen in Frankreich befindet oder der Subunternehmer dort eine Niederlassung unterhält.<sup>121</sup>

## V. Sonderanknüpfung nach Art. 9 Abs. 1 der Rom I-VO und Pflichtversicherung nach den Grundsätzen der französischen assurance décennale

Höchst unklar und bislang von der Rechtsprechung noch nicht geklärt ist die Frage, ob die Nichtanwendung des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO in derartigen Fällen bedeutet, dass ein deutscher Bauunternehmer, dessen Vertragsverhältnis deutschem Recht unterliegt – sei dies, weil die Vertragsparteien deutsches Recht gewählt haben oder eine objektive Anknüpfung nach Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO zu erfolgen hat – auch Auswirkungen auf die von Seiten des Bauunternehmers bzw. Architekten oder Fertighausherstellers nach französischem Recht zu stellende Gewährleistungsversicherung hat.

Der mit der sog. Loi Spinetta vom 4.1.1978 in den Code des Assurances eingeführten Vorschrift des Art. L. 241-1 zufolge hat der Hersteller eines Bauwerkes dem Bauherren und einem etwaigen Grundstückserwerber gegenüber eine sog. décennale-Versicherung nachzuweisen, die sämtliche Haftungstatbestände des Art. 1792 Code Civil abdeckt.<sup>122</sup> Nach Art. L. 243-1 des Code des Assurances ist der Verstoß gegen die Pflicht zum Abschluss einer décennale-Versicherung gar strafrechtlich sanktioniert.<sup>123</sup> Eine vergleichbare Pflichtversicherung ist dem deutschen Recht nicht bekannt; am ehesten lässt sich die assurance décennale mit der von einigen Versicherungsgesellschaften angebotenen Baugewährleistungsversicherung vergleichen, die der Auftragnehmer zur Absicherung des Risikos von nach Abnahme des Bauwerkes zu Tage tretenden Gewährleistungsmängeln abschließen kann.<sup>124</sup> Für den Werkunternehmer ist die Baugewährleistungsversicherung, die sich in großen Teilen an der französischen décennale-Versicherung inspiriert hat, wie eine Haftpflichtversicherung ausgestaltet.<sup>125</sup> Bevor nicht bspw. die VHV-Versicherung vor einigen Jahren eine entsprechende décennale-Versicherung für ihre deutschen Kunden der Baubranche eingeführt hat, bestanden für deutsche Bauunternehmen in der Vergangenheit größte Schwierigkeiten, Bauvorhaben in Frankreich (sei dies im Rahmen einer Objekt- oder einer Jahresversicherung) entsprechend einzudecken.

Richtigerweise wird man die Verpflichtung zur Stellung einer décennale-Versicherung aus dem Schuldvertragsstatut ableiten

müssen, da Art. L. 241-1 des Code des Assurances ausdrücklich eine Haftung nach Art. 1792 Code Civil voraussetzt.<sup>126</sup> Dass die décennale-Versicherung nach Art. L. 182-1 des Code des Assurances ihrerseits zwingend französischem Recht unterliegt,<sup>127</sup> ändert daran nichts, da sich die Verpflichtung zur Stellung einer derartigen Versicherung nicht aus dem Versicherungs- sondern nur aus dem Bauvertragsstatut ergeben kann.<sup>128</sup> Allein die Tatsache, dass sich das Bauvorhaben in Frankreich befindet, kann eine Versicherungspflicht im Sinne der Art. 241-1 ff. des Code des Assurances somit dann nicht auslösen, wenn auf den Bauvertrag deutsches Recht Anwendung findet.<sup>129</sup> Bislang liegt zu diesem versicherungsrechtlichen Aspekt der décennale-Gewährleistung allerdings weder Rechtsprechung der Cour de Cassation noch der Obergerichte vor.

Mit anderen Worten: Zum derzeitigen Stand der Diskussionen in der französischen Literatur ist davon auszugehen, dass sich zu Lasten eines ausländischen Bauunternehmens eine Gewährleistungspflicht nach Art. 1792 des Code Civil und damit eine Versicherungspflicht gemäß Art. L. 241-1 Code des Assurances nur dann ergibt, wenn der Bauvertrag materiellem französischem Recht untersteht.<sup>130</sup> Für Produzenten vorgefertigter Bauteile oder dem Bauvorhaben dienender Ausrüstungsgegenstände, die nach Art. 1792-2 und 1792-4 des Code Civil ebenfalls der décennale-Pflicht unterliegen, ist dies ein Grund mehr,

<sup>120</sup> Lepoutre, *L'argus de l'assurance*, Nr. 7542 v. 9.2.2008, S. 42, 43.

<sup>121</sup> Cass. Com., Urt. v. 20.4.2017, Rev. Crit. DIP 2017, 542 mit Anm. Bureau; Cass. Civ. mixte, Urt. v. 30.11.2007, D 2008, 5 mit Anm. Delpech; so auch Cass. Civ., Urt. v. 30.1.2008, D 2009, 478 mit Anm. Delpech sowie Cass. Civ., Urt. v. 25.2.2009, Rev. Crit. DIP 2009, 728 mit Anm. Ancel; Roussel, *Répertoire de droit immobilier*, Assurance Construction, Sept. 2016, Rn. 41; Racine/Siiraiainen, *Droit du commerce international*, 3. Aufl. 2018, Rn. 388; Jacquet/Delebecque/Usunier, *Droit international du commerce*, 4. Aufl. 2021, Rn. 661.

<sup>122</sup> Die betreffende Vorschrift lautet: Toute personne physique ou morale, dont la responsabilité décennale peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil, doit être couverte par une assurance; vgl. auch Hök, *Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts*, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 86.

<sup>123</sup> Leguay/Dussaux in: Malinvaud, *Droit de la Construction*, 7. Aufl. 2018/2019, Rn. 110.151; Dalloz action, *Droit de la responsabilité et des contrats/Krajeski/Poumarède/le Tourneau*, 2023/2024, Rn. 3312.232.

<sup>124</sup> Hierzu vgl. v. Rintelen in: Beckmann/Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, 3. Aufl. 2015, § 36 Rn. 101 ff.; Wolff in: Messerschmidt/Voit, *Privates Baurecht*, 4. Aufl. 2022, Rn. 357; Droll in: Höra/Schubach, *Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht*, 5. Aufl. 2022, § 32 Rn. 23.

<sup>125</sup> v. Rintelen in: Beckmann/Matusche-Beckmann, *Versicherungsrechts-Handbuch*, 3. Aufl. 2015, § 36 Rn. 101.

<sup>126</sup> Sénéchal, RDI 2010, 431; Sénéchal, RDI 2005, 75; Audit/Bollée/Callé, *Droit du Commerce international et des investissements étrangers*, 3. Aufl. 2019, Rn. 535; vgl. auch Saint-Alary-Houin/Poumarède, *Droit de la Construction*, 12. Aufl. 2020, S. 235.

<sup>127</sup> Art. 182-1 des Code des Assurances lautet: Les contrats destinés à satisfaire à une obligation d'assurance imposée par une loi française sont régis par le droit français

<sup>128</sup> Sénéchal, RDI 2008, 526 ff, Rn. 26.

<sup>129</sup> aA Bruns, *VersR* 2009, 611, 613 und 614, der die Versicherungspflicht in Fällen dieser Art aus Art. 1792-5 Code Civil herleiten möchte und die Auffassung vertritt, dass die Versicherungspflicht keine (direkte) vertragliche Grundlage hat; diesbezüglich auf den Ort der Baustelle abstellend auch Hök, *ZfBR* 2008, 741, 748.

<sup>130</sup> Lepoutre, *L'argus de l'assurance*, Nr. 7542 v. 9.2.2008, S. 42, 43; Sénéchal, RDI 2008, 526 ff, Rn. 26; aA Jacobsen, *Der grenzüberschreitende Bauvertrag in der Europäischen Union*, 2022, S. 112.

peinlich genau darauf zu achten, dass der Besteller bzw. Bauherr keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen in die Vertragsunterlagen einbezieht, die die Anwendbarkeit französischen Rechts vorsehen. Ob dem deutschen Bauunternehmer die Geltung deutschen Rechts bei größeren Bauvorhaben tatsächlich helfen wird, ist rechtstatsächlich allerdings insofern fraglich, als der Bauherr nach Art. L. 242-1 Code des Assurances seinerseits verpflichtet ist, eine 10-jährige Bausachversicherung (sog. Assurance dommages-ouvrage)<sup>131</sup> abzuschließen und diese Versicherung ihrerseits das Vorliegen einer décennale-Versicherung eines jeden Baubeteiligten zur Voraussetzung erhebt.<sup>132</sup>

## Summary

According to the latest German and French case law, building contracts are to be qualified for conflict of laws purposes as contracts for provision of services within the meaning of Art. 4 para. 1 lit. b of the Rome I Regulation and are therefore subject to the law of the country where the service provider has his habitual residence. French case law is increasingly taking the view that the connection to the country where the service provider has his habitual residence is only superseded in exceptional cases by the law of the country where the building is carried out as representing a closer connection pursuant to Art. 4 para. 3 Rome I Regulation. Subject to the restrictions resulting from Art. 6 Rome I Regulation in relation to consumers, the parties to a building contract are generally free to choose the law applicable to their contractual relationship in accordance with the general principles of Art. 3 Rome I Regulation, which is often based on respective general terms and conditions. In practice, a reference to the VOB/B or to technical provisions such as DIN-standards will generally be interpreted as an implied choice of law. For larger building projects, the application of so-called FIDIC conditions is increasingly being agreed in the international building practice, although they do not contain a choice of law within the meaning of Art. 3 of the Rome I Regulation or replace such choice. There are particular rules applicable with regard to the treatment of property development and industrial building contracts; in the latter case, the application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) can cause some difficulties. The scope of the law applicable to the contract is determined by the general principles of Art. 12 Rome I Regulation. The principle of the indivisibility of the contract

applies, according to which the building contract is governed in its entirety by the same law applicable from its formation to its termination; this also applies to any issues of warranty and applicable technical standards. For the Franco-German relationship, however, the question arises as to whether and to what extent the rules of Art. 3 and 4 of the Rome I Regulation will be superseded by the provisions of the French 10-year warranty of Art. 1792 et seq. Code Civil pursuant to Art. 9 Rome I-Regulation. According to a recent decision of the Cour d'Appel de Colmar of 19 October 2023, the provisions of the so-called "garantie décennale" are not to be understood as "lois de police" within the meaning of Art. 9 of the Rome I Regulation and are only mandatory at a domestic level. In view of this decision and an identical judgement by the Cour d'Appel de Paris from 2010, it can be assumed that a German building provider is not subject to the respective insurance obligation stated in Art. L. 241-1 et seq. of the Code des Assurances: There is much to suggest that the question of any insurance obligation will be governed by the law applicable to the building contract. However, there is not as yet any reliable case law available on this complex matter.



Boris Dostal

- 131 Art. L. 242-1 des Code des Assurances lautet: Toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction, doit souscrire avant l'ouverture du chantier, pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs, une assurance garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1, les fabricants et importateurs ou le contrôleur technique sur le fondement de l'article 1792 du code civil. Hierzu vgl. Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats/Krajeski/Poumarède/le Tourneau, 2023/2024, Rn. 3312.252.
- 132 Bruns, VersR 2009, 611, 614; zum Zusammenspiel zwischen der dommage ouvrages und der décennale vgl. auch Saint-Alary-Houin/Poumarède, Droit de la Construction, 12. Aufl. 2020, S. 236; aus Sicht des Bauherrn dient die dommages-ouvrage der Vorfinanzierung der Kosten zur Behebung von Baumängeln, die im Ergebnis über die décennale-Versicherung abzuwickeln sind und von Seiten des dommages-ouvrage-Versicherers gegenüber dem décennale-Versicherer im Regresswege verfolgt werden.