

International Einheitliches Kaufrecht

Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung
zum CISG

von

Dr. Wolfgang Witz, LL.M.
Rechtsanwalt, Mannheim

Prof. Dr. Hanns-Christian Salger, LL.M.,
Attorney at Law (New York)
Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Dr. Manuel Lorenz, LL.M., Solicitor (England/Wales)
Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

2., neu bearbeitete Auflage 2016

Art. 6

[Ausschluss, Abweichung oder Änderung durch Parteiabrede]

Die Parteien können die Anwendung dieses Übereinkommens ausschließen oder, vorbehaltlich des Artikels 12, von seinen Bestimmungen abweichen oder deren Wirkung ändern.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Allgemeines	1	ee) Verwendung der	
II. Vorschrift im Einzelnen	3	Incoterms	16
1. Vollständige Abbedingung	3	ff) Bedingungen, die dem	
a) Ausdrücklicher Ausschluss	3	UN-Kaufrecht	
b) Stillschweigender Ausschluss	6	widersprechen	17
aa) Wahl des Rechts eines		2. Teilweise Abbedingung	18
Nichtvertragsstaats	8	3. Abweichung von einzelnen	
bb) Wahl des Rechts eines		Bestimmungen des UN-Kauf-	
Vertragsstaats	9	rechts	20
cc) Bezugnahme auf einzelne		4. „Opt-in“	21
Gesetze	11	III. Praktische Hinweise	22
dd) Aufbau des Vertrags auf			
der Grundlage unverein-			
heitlichten Kaufrechts	13		

I. Allgemeines

Art. 6 stellt klar, dass die Konvention nachgiebiges Recht darstellt, das die Vertragsparteien entweder gänzlich, teilweise oder nur hinsichtlich einzelner Bestimmungen derogieren können. 1

Insbesondere wenn die Vertragsparteien bei Vertragsschluss nicht juristisch beraten sind, machen sie sich über das anwendbare Recht meist keine Gedanken und erst recht nicht über die Anwendbarkeit des CISG. Dies birgt die Gefahr in sich, dass Äußerungen der Parteien oder einer Partei, die ohne jedes Erklärungsbewusstsein im (Irr-)Glauben an die Anwendung des heimischen unvereinheitlichten Rechts gemacht wurden, leicht als Wille dahingehend missdeutet werden können, sie wollten die Anwendung des CISG ausschließen. Aus der Streichung des in Art. 3 EKG noch erwähnten stillschweigenden Ausschlusses kann indes **nicht** geschlossen werden, dass ein solcher nicht mehr möglich ist, da diese Streichung lediglich redaktioneller Natur war.¹ Der Vorschlag, nur den **ausdrücklichen** Ausschluss des CISG

¹ Vgl. *Yearbook II* (1971) 55 note 45.

Art. 6 Teil I Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen

zu erlauben, wurde auf der Konferenz erörtert und bewusst abgelehnt.² Die fehlende Erwähnung des stillschweigenden Ausschlusses soll indes deutlich machen, dass an dessen Annahme hohe Anforderungen zu stellen sind.³ Dies entspricht der bereits zu Art. 3 EKG ergangenen Rechtsprechung der deutschen Gerichte, die daher nach wie vor herangezogen werden kann.⁴

II. Vorschrift im Einzelnen

1. Vollständige Abbedingung

a) Ausdrücklicher Ausschluss

- 3 Ein vollständiger ausdrücklicher Ausschluss des CISG wird durch Art. 6 erlaubt. Die Möglichkeit für die Parteien, die Anwendung des Einheitsrechts zu vermeiden, mag die Akzeptanz einiger Unterzeichnerstaaten zum Abschluss des Kaufrechtsabkommens erhöht haben.⁵ Voraussetzung für den Ausschluss ist eine entsprechende Vereinbarung der Parteien, normalerweise im Kaufvertrag selbst. Eine Fehlbezeichnung des CISG ist unschädlich,⁶ ebenso ein eigentlich fataler Kommafehler.⁷ Auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann grundsätzlich ein wirksamer Ausschluss erfolgen,⁸ vorausgesetzt, diese wurden wirksam in den Vertrag einbezogen. Nicht

2 Vgl. *Sekretariatsbericht*, O.R., S. 249–250.

3 Vgl. *Reinhart*, Art. 6 Rn. 3; *Bianca/Bonell/Bonell*, Art. 6 Anm. 1.2; *Herber/Czerwenka*, Art. 6 Rn. 9; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.1.

4 Vgl. *Reinhart*, Art. 6 Rn. 5; siehe jedoch die kritischen Hinweise unten Rn. 3 ff.

5 Hierauf weisen *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.1, hin.

6 *Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce* (Russland), 17.8.2009, CISG-online Case 2039 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090817sb.html>: Das CISG war fehlerhaft übersetzt worden als „United Nations Convention on the international trade in products“ und *Olivaylle Pty Ltd v. Flottweg GmbH & Co KGAA*, *Federal Court* (Australien), 20.5.2009, CISG-online Case 1902 = www.unilex.info/case.cfm?id=1443: fehlerhafte Bezeichnung als „Uncitral Law“.

7 *OGH* (Österreich), 2.4.2009, CISG-online Case 1889 = www.unilex.info/case.cfm?id=1474: Die AGB-Klausel lautete: „Für all unsere Streitigkeiten gilt ausschließlich österreichisches Recht, ausgenommen IPR, und UN-Kaufrecht.“ Wäre deutsches Recht gewählt worden, hätte die Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB) gegriffen und wäre die Klausel gegen den Verwender ausgelegt worden. Das Gericht legte bei seiner Auslegung der Klausel neben der Analyse des Kommafehlers auch zugrunde, dass sich beide Parteien nicht auf Art. 39, sondern auf § 377 HGB berufen hatten.

8 Vgl. *BGH*, 4.12.1996 („Schlüsselprägemaschine“), CISG-online Case 260 = NJW-RR 1997, 690 = EWiR Art. 39 CISG 1/97, 690 (*Schlechtriem/Schmidt-Kessel*) = WM Sonderbeilage 2/98 S. 42 (*Wolf*) = www.unilex.info/case.cfm?id=273. Zum EKG: *BGH*, 26.10.1983, RIW 1984, 151; *BGH*, 26.11.1980, NJW 1981, 1156, 1157; *OLG Koblenz*, 9.1.1981, IPRax 1982, 20. Ebenso *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 17; *Herber/Czerwenka*, Art. 6 Rn. 4.

wirksam ausgeschlossen wird das CISG allerdings, wenn auf die AGB bloß subsidiär verwiesen wurde, der eigentliche Kaufvertrag aber das Recht eines Vertragsstaates wählt.⁹ Auch sollte es in AGB besser keine Fehlbezeichnungen geben, da dann die Unklarheit zulasten des Verwenders geht.¹⁰ Mit zunehmender Verbreitung des CISG mag ein Ausschluss aber als überraschende Klausel zu werten sein.¹¹

Die Frage, ob die anfängliche Derogation wirksam erfolgt ist, beurteilt sich vor deutschen Gerichten nach dem Recht, das anwendbar wäre, wenn die Vereinbarung wirksam wäre (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO).¹² Die (herrschende) Gegenmeinung will auf diese Frage die Art. 14 ff. anwenden,¹³ weil das CISG seinen Anwendungsbereich (in Art. 6) autonom bestimme und damit Art. 7 Abs. 1 es gebiete, im Wege einer akzessorischen Anknüpfung auch die Frage der wirksamen Abwahl des UN-Kaufrechts durch dessen Vorschriften bestimmen zu lassen.¹⁴ Das folge auch aus der Geschichte des Zustandekommens des CISG.¹⁵ Gegen diese Auffassung spricht aber Art. 10 Rom I-VO: Wenn die Abwahl des UN-Kaufrechts wirksam ist, gilt das gewählte Recht ohne dieses (und zwar selbst dann, wenn das

9 *International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry* (Ukraine), 23.1.2012, CISG-online Case 2556 = www.unilex.info/case.cfm?id=1876: Verweis auf den Grain and Feed Trade Association standard contract No. 200, der zwar das CISG ausschloss, aber nur insoweit gelten sollte, als er nicht mit dem ukrainischem Recht unterliegenden Vertrag in Widerspruch steht.

10 *OLG München*, 19.10.2006, CISG-online Case 1394 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061019g1.html>: Die Beklagte hatte ihre AGB anscheinend sehr lange nicht aktualisiert und nur das EAG und das EKG ausgeschlossen. Unter Verweis auf § 305c Abs. 2 BGB lehnte das Gericht eine Auslegung, dass damit auch das CISG gemeint war, zu Recht ab.

11 Vgl. *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 17.

12 *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Mistelis*, Art. 6 Rn. 10; *Olivaylle Pty Ltd v. Flottweg GmbH & Co KGAA*, *Federal Court* (Australien), 20.5.2009, CISG-online Case 1902 = www.unilex.info/case.cfm?id=1443: womöglich aber ohne Problembewusstsein. Zur abweichenden Rechtslage bei Geltung der Haager Konvention über das auf Internationale Kaufverträge anwendbare Recht: *Bianca/Bonell/Bonell*, Art. 6 Anm. 3.3.1.

13 Vor Art. 14–24 Rn. 16 für den Fall des AGB-mäßigen Ausschlusses, dem folgend: *LG Neubrandenburg*, 3.8.2005, CISG-online Case 1190 = IHR 2006, 26; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 13; *Lohmann*, Parteiautonomie, S. 197 f.; *Ferrari/Saenger*, Art. 6 Rn. 2; *Staudinger/Magnus*, Art. 6 Rn. 11; *MünchKomm/Westermann*, Art. 6 Rn. 3; CISG Advisory Council Opinion No. 16 Ziff. 2 ff.; nur für den Fall der ausdrücklichen, nicht aber der stillschweigenden Abwahl *Soergel/Lüderitz/Fenge*, Art. 6 Rn. 1; *Staudinger/Magnus*, Art. 6 Rn. 10; *Bamberger/Roth/Saenger*, Art. 6 Rn. 2, ebenso *OGH* (Österreich), 2.4.2009, CISG-online Case 1889 = www.unilex.info/case.cfm?id=1474; differenzierend nur für den Fall, dass die Parteien kein anderes Recht gewählt haben *Honsell/Siehr*, Art. 6 Rn. 4.

14 *Lohmann*, Parteiautonomie, S. 198.

15 *Lohmann*, Parteiautonomie, S. 200 f.

Art. 6 Teil I Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen

UN-Kaufrecht Teil des gewählten Recht wäre). Es ist ein allgemeiner Grundsatz des internationalen Privatrechts, dass sich die Gültigkeit einer Vereinbarung nach dem Recht richtet, das im Falle der Gültigkeit gilt (*favor negotii*). Das gilt beispielsweise auch bei der „Kompetenz-Kompetenz“ eines Schiedsgerichts, das darüber entscheidet, ob eine Schiedsvereinbarung zustande gekommen ist. Wenn man dem Parteiwillen folgen will, muss die Gültigkeit des Ausschlusses des UN-Kaufrechts unterstellt werden und das unter dieser Prämisse anwendbare Recht entscheidet über die Wirksamkeit des Ausschlusses. Hier die Frage des wirksamen Zustandekommens der Abwahlvereinbarung herauszuberechnen ist nicht folgerichtig, denn bei wirksamem Ausschluss gilt das CISG insgesamt nicht, also auch nicht die Art. 14 ff. Falls die Parteien (was nicht empfehlenswert ist) das CISG ausgeschlossen haben, ohne ein Ersatzrecht zu bestimmen, kommt nach dem IPR der EU normalerweise das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes des Verkäufers zur Anwendung (Art. 4 Abs. 1 lit a Rom I-VO). Soweit es sich hierbei um das Recht eines Vertragsstaates handelt, gilt dessen unvereinlichtes nationales Kaufrecht.¹⁶

- 5 Der Ausschluss des CISG kann auch noch nachträglich, sogar noch im Prozess bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgen¹⁷ (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO). Nach der herrschenden Auffassung soll sich jedenfalls der nachträgliche Ausschluss des UN-Kaufrechts nach Art. 14 ff. richten.¹⁸ Das erscheint richtig, da der Vertrag anfänglich dem CISG unterlag, so dass sich auch nachträgliche Modifikationen nach dem CISG richten müssen, einschließlich dessen Abwahl. Die (häufig irrtümliche) Berufung auf nationales Recht im Prozess ist aber keine nachträgliche Abwahl.¹⁹

b) *Stillschweigender Ausschluss*

- 6 Wie bereits oben ausgeführt (Rn. 2), ist die – grundsätzlich gegebene – Möglichkeit eines stillschweigenden Ausschlusses restriktiv zu handhaben. Häufig werden die Parteien die Frage des anwendbaren Rechts überhaupt nicht bedacht haben oder haben das Problem zwar erkannt, die Anwendung des CISG aber übersehen. Die Annahme eines stillschweigenden Ausschlusses

16 Vgl. *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 15.

17 Vgl. *BGH*, 23.7.1997 („Benetton I“), CISG-online Case 285 = BGHZ 136, 295 = NJW 1997, 3304–3309 = WM 1997, 2412 = ZIP 197, 1933 = BB 1997, 1806 = TranspR 1999, 24 (engl.) = www.unilex.info/case.cfm?id=259; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 25; *Herber/Czerwenka*, Art. 6 Rn. 4; *Bianca/Bonell/Bonell*, Art. 6 Anm. 3.1.

18 CISG Advisory Council Opinion No. 16 Ziff. 2.5.

19 CISG Advisory Council Opinion No. 16 Ziff. 5 ff.

ses sollte dann – mangels anderweitiger Anhaltspunkte – an einem fehlenden Erklärungswillen der Parteien scheitern.²⁰

Ein Ausschluss aufgrund hypothetischen Parteiwillens (Was hätten die Parteien vereinbart, wenn sie das Problem bedacht hätten?) ist **nicht** möglich.²¹ Obwohl die Rechtsprechung bei den Anforderungen an einen stillschweigenden Ausschluss bereits sehr restriktiv ist,²² ist fraglich, ob in den nachfolgend aufgeführten Fallgruppen nicht teilweise zu vorschleunigend ein Ausschluss des CISG bejaht wurde. **Im Zweifel** ist ein solcher Ausschluss zu **verneinen**.²³ Bei der Auslegung der Parteierklärungen zur Frage, ob ein stillschweigender Ausschluss vorliegt, gilt Art. 8.²⁴

aa) Wahl des Rechts eines Nichtvertragsstaats

Die Wahl des Rechts eines Nichtvertragsstaats kann im Allgemeinen nur dahingehend verstanden werden, dass damit das CISG ausgeschlossen sein soll.²⁵ Es kann allerdings gefragt werden, ob dies so selbstverständlich ist. Den Parteien wird oft die Tatsache der Existenz oder Anwendbarkeit des CISG nicht bewusst sein, so dass fraglich bleibt, ob dessen Abwahl wirklich gewollt ist. Der Wortlaut einer derartigen Rechtswahlklausel ist indes regelmäßig so eindeutig, dass eine Anwendung des CISG nicht in Betracht kommt. Eine Abwahl liegt aber nicht vor, wenn die Parteien auf die „laws and regulations of the International Chamber of Commerce of Paris, France“ verweisen.²⁶

bb) Wahl des Rechts eines Vertragsstaats

Vorherrschend und zutreffend ist die Auffassung, dass die Wahl des Rechts eines Vertragsstaats **allein** (Rn. 11) nicht zum Ausschluss des

20 Dafür, dass es auf den Erklärungswillen der Parteien ankommt: *Reinhart*, Art. 6 Rn. 4; *Herber/Czerwenka*, Art. 6 Rn. 10; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.2; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 23.

21 Vgl. *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.2; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 22; *Reinhart*, Art. 6 Rn. 5; *Herber/Czerwenka*, Art. 6 Rn. 10.

22 Vgl. etwa *BGH*, 4.12.1985, *BGHZ* 96, 313, 319.

23 Vgl. *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.2.

24 Vgl. *Bianca/Bonell/Bonell*, Art. 6 Anm. 2.3.1; *Herber/Czerwenka*, Art. 6 Rn. 10.

25 Vgl. *Bianca/Bonell/Bonell*, Art. 6 Anm. 2.3.2; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 20; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.3; *Staudinger/Magnus*, Art. 6 Rn. 23; CISG Advisory Council Opinion No. 16 Ziff. 4.

26 *Tribunale de Padova* (Italien), 11.1.2005, CISG-online Case 967 = www.unilex.info/case.cfm?id=1005. Das Gericht verweist dabei auch darauf, dass eine vollständige Abwahl jeglichen nationalen Rechts nicht möglich ist.

Art. 6 Teil I Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen

CISG führt.²⁷ Das hat seinen Grund darin, dass die Konvention Teil des nationalen Rechts des jeweiligen Vertragsstaats ist.²⁸ Zudem ist diese Wahl nicht gegenstandslos im Hinblick auf die von der Konvention nicht

- 27 Vgl. *BGH*, 23.7.1997 („Benetton II“), CISG-online Case 276 = NJW 1997, 3309, 3310 = www.unilex.info/case.cfm?id=259; *OGH* (Österreich), 14.2.2012, CISG-online Case 2308 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/120214a3.html>; *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited, U.S. Dist. Ct. (Minnesota)*, 31.1.2007, CISG-online Case 1435 = www.unilex.info/case.cfm?id=1166; *High People's Court Beijing* (China), 18.3.2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050318c1.html>; *Cass. civ.*, 17.12.1996, www.unilex.info/case.cfm?id=245; *LG München*, 7.3.1994 – Az. 14 HKO 23317/93 (unveröffentlicht) und *OLG München*, 8.2.1995, CISG-online Case 142 = www.unilex.info/case.cfm?id=117 (derselbe Fall); ebenso zu Art. 3 EKG: *BGH*, 4.12.1985, JZ 1986, 347 = BGHZ 96, 313, 323; *OLG Koblenz*, 24.5.1985, RIW 1986, 459, 460; *OLG Celle*, 2.3.1984, IPRax 1985, 284; *OLG Hamm*, 20.6.1983, NJW 1984, 1307; *OLG Hamm*, 29.4.1982, IPRax 1983, 231; *OLG Hamburg*, 9.7.1980, RIW 1981, 262, 263; im gleichen Sinne *Herber/Czerwenka*, Art. 6 Rn. 15; *Reinhart*, Art. 6 Rn. 4; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 22; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.3; *Bianca/Bonell/Bonell*, Art. 6 Anm. 2.3.3; *Staudinger/Magnus*, Art. 6 Rn. 24; CISG Advisory Council Opinion No. 16 Ziff. 4. **A.A.** aber *OLG München*, 2.10.2013, CISG-online Case 2473 = BeckRS 2013, 17417; *American Biophysics v. Dubois Marine Specialties, a/k/a Dubois Motor Sports, U.S. Dist. Ct. (D. Rhode Island)*, 30.1.2006, www.unilex.info/case.cfm?id=1085; *Ad hoc Arbitral Tribunal Florenz* (Italien), 19.4.1994, CISG-online Case 124 = *Diritto de Commercio Internazionale* 1994, 861–867 = www.unilex.info/case.cfm?id=60; *Mann*, JZ 1986, 647; *Vekas*, IPRax 1987, 342, 346; s. a. *Witz/Wolter*, Die neuere Rechtsprechung französischer Gerichte zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, RIW 1998, 278–285.
- 28 Z. B. *LG Saarbrücken*, 1.6.2004, CISG-online Case 1228 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040601g1.html>; *BG* (Schweiz), 19.2.2004, CISG-online Case 839 = www.unilex.info/case.cfm?id=979; *OLG Zweibrücken*, 2.2.2004, CISG-online Case 877 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040202g1.html>; *CBP Oil International, Ltd. V. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador, U.S. Ct. App. (5th Circuit)*, 11.6.2003, CISG-online Case 730 = www.unilex.info/case.cfm?id=924; *Ajax Tool Works, Inc. V. Can-Eng Manufacturing Ltd., U.S. Dist. Ct. (N.D. Illinois)*, 29.3.2003, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030129u1.html>; *HG Zürich* (Schweiz), 9.7.2002, CISG-online Case 726 = www.unilex.info/case.cfm?id=1515; *OGH* (Österreich), 14.1.2002, CISG-online Case 643 = www.unilex.info/case.cfm?id=858 und 22.10.2001 CISG-online Case 614 = www.unilex.info/case.cfm?id=764; *OLG Rostock*, 10.10.2001, CISG-online Case 671 = www.unilex.info/case.cfm?id=906; *Asante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc., U.S. Dist. Ct. (N.D. California)*, 27.7.2001, CISG-online Case 616 = www.unilex.info/case.cfm?id=741; **a.A.** *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* (Russland), 16.3.2005, CISG-online Case 1480 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050316r1.html>; *High Commercial Court Belgrad* (Serbien), 9.7.2004, CISG-online Case 1985 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020906r1.html>; *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* (Russland), 6.9.2002, CISG-online Case 892 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020906r1.html>, mit einer feinsinnigen Unterscheidung: Das UN-Kaufrecht sei zwar eine „component part“ des

geregelten Rechtsfragen²⁹ (siehe Art. 4, 7 Abs. 2). Das gilt aber nur, wenn der Vertragsstaat keinen Vorbehalt nach Art. 95 erklärt hat. Bei Wahl eines Vertragsstaats, das den Vorbehalt nach Art. 95 erklärt hat, ist das etwas differenzierter zu betrachten. Gilt das Abkommen wegen Art. 1 Abs. 1 lit. a, gilt der Verweis als Abwahl, und zwar nicht nur, wenn der Rechtsstreit vor den Gerichten dieses Staats spielt, sondern wegen Art. 2 VertragsG auch bei einem Rechtsstreit vor einem deutschen Gericht.³⁰

Dass eine derartige Rechtswahl nicht zum Ausschluss der Anwendung des CISG führt, folgt auch aus Art. 1 Abs. 1 lit. b.³¹ Zu den „Regeln des internationalen Privatrechts“, die zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen, gehören selbstverständlich auch diejenigen, welche überhaupt erst die Rechtswahl durch die Parteien ermöglichen (in der EU: Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO). Art. 1 Abs. 1 lit. b würde eines Großteils seines Anwendungsbereichs beraubt, falls bereits die „schlichte“ Rechtswahl allein zum Ausschluss des CISG genügen würde. Anderes gilt freilich dann, wenn die Parteien im Laufe von Vertragsverhandlungen die Bezugnahme auf das CISG aus der Rechtswahlklausel streichen.³²

cc) Bezugnahme auf einzelne Gesetze

Anders liegt der Fall, wenn die Parteien auf bestimmte Gesetzgebungen eines Staates Bezug nehmen.³³ Die Klausel „Es gilt ausschließlich das **Kaufrecht** des BGB (oder des HGB)“ führt sicherlich zum Ausschluss des CISG.³⁴ Ob man dies allerdings auch von der Klausel annehmen kann „Es gilt das BGB“, ist fraglich.³⁵ Immerhin ist es möglich, dass BGB und CISG

russischen Rechtssystem, aber nicht Teil des russischen Rechts; ebenso das gleiche Schiedsgericht am 11.10.2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021011r1.html>.

29 So auch *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.3 und *Handelsgericht Aargau* (Schweiz), 15.11.2011, CISG-online Case 2431 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110215s1.html>.

30 *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 24; anders *Staudinger/Magnus*, Art. 4 Rn. 27.

31 Vgl. *OLG Karlsruhe*, 25.6.1997, CISG-online Case 263 = BB 1998, 393–395 = RIW 1998, 235–237 = EwIR 1997, 785–786 (*Schlechtriem*) = Anm. *Claude Witz* D. 1998 Som. 310 = www.unilex.info/case.cfm?id=296.

32 *Orthotec, LLC v. EuroSurgical, S.A., U.S. California App. Ct. (2nd D.)*, 27.6.2007, www.unilex.info/case.cfm?id=1226.

33 CISG Advisory Council Opinion No. 16 Ziff. 4.

34 So das Beispiel bei *Herber/Czerwenka*, Art. 6 Rn. 15 (Hervorhebung hinzugefügt); ebenso *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.3; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 15; *Reinhart*, Art. 6 Rn. 4; *Staudinger/Magnus*, Art. 6 Rn. 30; *Rudolph*, Art. 6 Rn. 4.

35 Vgl. CISG Advisory Council Opinion No. 16 Ziff. 4.5. So aber die vorgenannten Fundstellen und *LG Kleve*, 4.3.1982, IPRax 1984, 41 (zum EKG) sowie *Ad-hoc-Schiedsge-*

Art. 6 Teil I Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen

nebeneinander Anwendung finden, nämlich BGB insoweit, als das CISG keine Regelungen vorsieht, z. B. im Bereich des allgemeinen Schuldrechts und des allgemeinen Teils (Art. 4 Rn. 32), so dass die Rechtswahl nicht gegenstandslos wird.³⁶ Es kann **nicht** argumentiert werden, die Parteien gingen in diesen Fällen von der Erwartung aus, es werde das BGB **insgesamt, einschließlich des Kaufrechts**, Anwendung finden. Aus dem Vorhandensein (oder Fehlen) des Bewusstseins der Anwendbarkeit des CISG dürfen weder positive noch negative Schlussfolgerungen gezogen werden.³⁷ Oft wird der Satz „Es gilt das deutsche BGB und HGB“ o. Ä. nur dahingehend auszulegen sein, dass auf eine untechnische Weise ausgedrückt das deutsche Recht **insgesamt (einschließlich des CISG)** gewählt werden sollte.³⁸ Das sollte auch (und erst recht) für die Fälle gelten, in denen die Parteien aufgrund einer Fehlannahme ihren Vertrag auf der Grundlage des nationalen Rechts ausgehandelt haben oder die Anwälte der Parteien im Prozess auf der Grundlage von Vorschriften des nationalen Rechts argumentieren,³⁹ da hie-

richt Florenz (Italien), 19.4.1994, CISG-online Case 124 = *Diritto de Commercio Internazionale* 1994, 861–867 = www.unilex.info/case.cfm?id=60; richtig dagegen: *LG Landshut*, 5.4.1995, CISG-online Case 193 = www.unilex.info/case.cfm?id=121: Bezugnahme auf Vorschriften des BGB genügt zwar als konkludente nachträgliche Rechtswahl, nicht aber als Ausschluss des UN-Kaufrechts; ebenso *OLG Hamm*, 9.6.1995, CISG-online Case 146 = www.unilex.info/case.cfm?id=130. Ähnlich *Vrhovno sodišče (Berufungsgericht) von Celju* (Slowenien), 8.11.2011, CLOUT Case 1149 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110608sv.html>: Zurückverweisung, um den Parteilwillen zu ermitteln bei Verweis auf „civil code and corresponding community regulations“.

- 36 Insoweit unterscheidet sich dieser Fall nicht von der Wahl einer Rechtsordnung; wie hier *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.3.
- 37 So *Reinhart*, Art. 6 Rn. 4; *Schlechtriem/Schwenger/Ferrari*, Art. 6 Rn. 25.
- 38 In diesem Sinne *BGH*, 23.7.1997 („Benetton II“), CISG-online Case 276 = NJW 1997, 3309–3311 = EWiR Art. 4 CISG 1/97, 985–986 *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* = TranspR-IHR 1999, 23–24 (engl.) = WM Sonderbeilage 2/1998, 41 (*Wolf*) = www.unilex.info/case.cfm?id=259: Kein stillschweigender Ausschluss durch Bezugnahme auf Vorschriften des deutschen nationalen Kaufrechts, wenn eine Partei im Prozess an der Anwendbarkeit des CISG festhält.
- 39 *Schlechtriem/Schwenger/Ferrari*, Art. 6 Rn. 25; CISG Advisory Council Opinion No. 16 Ziff. 5 ff.; *LG Saarbrücken*, 2.7.2002, CISG-online Case 713 = www.unilex.info/case.cfm?id=919; **a. A.** *Corte Suprema* (Chile), 22.9.2008, CISG-online Case 1787 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080922ch.html>: mit der Besonderheit, dass nach dem Prozessrecht von Chile der Kläger die gesetzliche Anspruchsgrundlage angeben muss, und *Landgericht Bratislava* (Slowakei), 10.10.2007, CISG-online Case 1828 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071010k1.html>: wo sich der Verkäufer erst im Berufungsverfahren auf das CISG berief; *Cour de Cassation* (Frankreich), 25.10.2005, CISG-online Case 1098 = www.unilex.info/case.cfm?id=1064: Berufung auf nationales Recht in Kenntnis des internationalen Charakters des Kaufvertrags genüge; *Obergericht Thurgau* (Schweiz), 11.9.2003, CISG-online Case 1819 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030911s1.html>: Die stillschweigende Rechtswahl wurde damit begründet, dass

rin kein Erklärungswille der Parteien für eine anfängliche oder nachträgliche Rechtswahl liegt, sondern nur ein Fehlverständnis der Rechtslage zum Ausdruck kommt.⁴⁰ Gelegentlich ist auch zu beobachten, dass Gerichte unwillig sind, das CISG anzuwenden, wenn einem der Prozessbeteiligten erst in einer späten Phase des Verfahrens auffällt, dass der Vertrag UN-Kaufrecht unterliegt und sich daraus für ihn günstige Rechtsfolgen ableiten lassen.⁴¹ In diesen Fällen wird trotz fehlender wirksamer Abwahl des CISG im Prozess schlicht mit Präklusion oder fehlendem Vortrag zum Inhalt des Rechts⁴² argumentiert, was allerdings in Deutschland wegen des Grundsatzes „*iura novit curia*“ nicht möglich wäre. In anderen Fällen wird – trotz zuvor festgestellter Anwendbarkeit des CISG – nationales Recht angewendet, wenn eine Partei sich auf dieses beruft und die andere nicht widerspricht.⁴³ Diese Behandlung der Frage des Ausschlusses der Geltung von UN-Kaufrecht der Parteien legt den Eindruck einer gewissen Bequemlichkeit der Gerichte nahe, die den Rechtsstreit lieber unter Anwendung des ihnen bekannten Rechts lösen, statt sich mit dem ihnen unbekanntem UN-Kaufrecht ausei-

der Anwalt der Berufungsklägerin in internationalen Rechtsdingen versiert sei, so dass ihm durch die Berufung auf nationales Recht ein Erklärungsbewusstsein zuzurechnen sei; *Cour de Cassation* (Frankreich), 26.6.2001, CISG-online Case 598 = www.unilex.info/case.cfm?id=717: stillschweigende nachträgliche Rechtswahl durch Argumentation beider Parteien auf Basis des französischen Rechts.

- 40 Etwas merkwürdig in dieser Hinsicht die Begründung eines Gerichts, das nationales Recht anwendete, weil keine der Parteien dargelegt habe, dass die Anwendung des CISG zu einem anderen Ergebnis geführt hätte: *Attorney General of Botswana v. Aussie Diamond Products Pty Ltd, Supreme Court of Western Australia*, 23.6.2010, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100623a2.html>, wobei aber die Begründung unklar bleibt. Zwischen den Parteien war streitig, ob das Recht von Botswana oder australisches Recht gilt. In dieser Situation eine stillschweigende Abwahl des CISG zu konstruieren, weil sich keine Partei darauf beruft, ist jedenfalls vom Standpunkt des deutschen Rechts („*iura novit curia*“) kaum zu vertreten; womöglich anders zu bewerten: *Corte Suprema* (Chile), 22.9.2008, CISG-online Case 1787 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080922ch.html>, da nach chilenischem Prozessrecht die Anspruchsgrundlage anzugeben ist.
- 41 Vgl. etwa *Italian Imported Foods Pty Ltd v. Pucci S.r.l., Supreme Court of New South Wales* (Australien), 13.10.2006, CISG-online Case 1494 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061013a2.html>.
- 42 *China National Metal Products v. Apex Digital, U.S. Dist. Ct. (C.D. California)*, 1.5.2001, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010501u1.html>.
- 43 Vgl. z.B. *CIETAC* (China), Mai 2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060500c3.html>, ohne dass hierfür eine nähere Begründung genannt wird, insbesondere auch keine nachträgliche Rechtswahl ins Feld geführt wird; *Tribunal Supremo* (Spanien), 24.2.2006, CISG-online Case 1674 = <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060224s4.html>: das aus der Berufung auf spanisches Recht in den Vorinstanzen seitens beider Parteien eine stillschweigende nachträgliche Wahl des nationalen Rechts konstruierte.

Art. 6 Teil I Anwendungsbereich und allgemeine Bestimmungen

nanderzusetzen. Dass sich (oft aus Unkenntnis der beteiligten Anwälte) die Parteien nicht darauf berufen, kommt den Gerichten dann entgegen.

- 12 Der immer noch geringe Bekanntheitsgrad des UN-Kaufrechts mag in späteren Prozessen Überraschungen oder sogar eine Haftung der rechtlichen Berater⁴⁴ auslösen, wenn – entgegen den Erwartungen der Parteien und oft genug deren Anwälten – das CISG zur Anwendung kommt. Dem sich dann einstellenden Gefühl, dass man den Parteien Steine statt Brot gibt, wenn man das CISG anwendet, bzw. der Bequemlichkeit, sollte dennoch nicht vorschnell nachgegeben werden. Zum einen ist damit über den **materiellen** Ausgang des Rechtsstreits noch keine Entscheidung getroffen, und zum anderen bleibt den Parteien die Möglichkeit einer nachträglichen Abwahl des CISG im Prozess, wenn ihnen die Ermittlung dessen Inhalts zu mühselig oder das Ergebnis nicht wünschenswert erscheint. Aus den vorgenannten Gründen sollte **mangels konkreter Anhaltspunkte**⁴⁵ aus der Bezugnahme auf BGB, HGB, Code Civil, UCC **nicht** auf eine Abbedingung des CISG geschlossen werden. Anders ist dies nur, wenn die Parteien auf spezifische **kaufrechtliche Normen** verwiesen haben.⁴⁶

dd) Aufbau des Vertrags auf der Grundlage unvereinheitlichten Kaufrechts

- 13 Eine in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzende Fallgruppe bereitet besondere Schwierigkeiten. Wie ist zu entscheiden, wenn der Vertrag – insbesondere Allgemeine Geschäftsbedingungen – mehr oder weniger erkennbar auf der Rechtsordnung eines unvereinheitlichten Rechts aufbaut? Dies wird bei der Verwendung von AGB (oft in Verbindung mit einer Rechtswahlklausel) fast immer der Fall sein, da es oft Ziel von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist, gezielt bestimmte Normen des dispositiven Rechts der inländischen Rechtsordnung abzubedingen. Oft handelt es sich um AGB, die der Verwender ohne jede Differenzierung im Bereich nationaler und internationaler Geschäfte einsetzt, selbstverständlich verbunden mit der Erwartung, dass die Rechtslage in beiden Fällen die gleiche ist. Tatsächlich müssten Allgemeine Geschäftsbedingungen teilweise anders gefasst werden, wenn sie auf die

44 *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 25.

45 Auf dieses Erfordernis verweisen in anderem Zusammenhang auch *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 25; *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.2.

46 *OGH* (Österreich), 4.7.2007, CISG-online Case 1560 = www.unilex.info/case.cfm?id=1229: Wahl österreichischen Rechts in den AGB eines Autohauses mit der weiteren Klausel an anderer Stelle des Vertrags: „Für Kauflleute sind die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen des HGB anzuwenden“ sowie in Bezug auf Verbraucher Verweis auf das österreichische Konsumentenschutzgesetz in der Gerichtsstandsklausel; vgl. zum EKG: *BGH*, 26.11.1980, NJW 1981, 1156; *LG Bamberg*, 12.10.1983, IPRax 1984, 266.

Anwendung von UN-Kaufrecht abgestimmt sein sollen (s. Anhang 3, 4). Soweit das Problem in der Literatur erörtert wird, wird angenommen, das CISG sei damit stillschweigend ausgeschlossen.⁴⁷ Dem ist jedenfalls der BGH nicht gefolgt.⁴⁸ Richtigerweise ist auch hier eine differenzierende Betrachtung angebracht.⁴⁹ Das fehlende Problembewusstsein des AGB-Verwenders hinsichtlich der Anwendbarkeit von UN-Kaufrecht sollte ihm nicht zum Vorteil gereichen. Insoweit gilt das oben unter Rn. 11 f. Gesagte. Im AGB-Bereich spricht für diese Ansicht zusätzlich der allgemein (auch in anderen Rechten) anerkannte Grundsatz, dass unklare AGB gegen denjenigen ausgelegt werden, der diese verwendet (§ 305c Abs. 2 BGB). Das muss uneingeschränkt auch für unklare Rechtswahlklauseln gelten. Soweit also eine AGB-Klausel nur deutsche Rechtstermini verwendet oder erkennbar auf deutsches BGB abzielt, ist dies kein Grund zur Annahme eines Ausschlusses des CISG, denn:

Erstens sind die Vorschriften über die Gültigkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 305b ff. BGB) auch bei Geltung des UN-Kaufrechts anwendbar. Zwar gelten die gesetzgeberischen Wertungen **des CISG** statt derjenigen des BGB, wenn zu entscheiden ist, ob von einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abgewichen wird (Art. 4 Rn. 18). Es verbleiben aber die nicht kaufrechtsspezifischen Klauseln (Beispiel wäre etwa die Klausel „Aufrechnung ist nur mit von uns anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Forderungen zulässig“), mit denen die neben dem CISG anwendbaren BGB-Bestimmungen abbedungen werden (Art. 4 Rn. 32). Auch in diesen Fällen gehen daher die AGB eines deutschen Verwenders nicht völlig ins Leere. **14**

Zweitens sind viele kaufrechtliche Bestimmungen in den AGB auch ohne die Rechtsordnung, auf die sie gemünzt waren, noch sinnvoll (Haftungsausschlüsse, Rügepflichten, Force-majeure-Klauseln). Im Einzelfall mögen sich Anpassungsprobleme ergeben, wenn ersichtlich auf die Derogation von BGB- oder HGB-Bestimmungen abzielende AGB-Klauseln nunmehr mit dem CISG koordiniert werden müssen. Dies ist indes **kein** Grund, einen stillschweigenden Ausschluss des CISG anzunehmen (obgleich dies für den Rechtsanwender sicherlich ein bequemerer Weg wäre). Etwaige Interpreta- **15**

47 Vgl. *Enderlein/Maskow/Strohbach*, Art. 6 Anm. 1.3; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art. 6 Rn. 30; *Herber/Czerwenka*, Art. 6 Rn. 11; *Staudinger/Magnus*, Art. 6 Rn. 42 u. 43, mit dem Vorbehalt der sorgfältigen Überprüfung weiterer Umstände: *Bianca/Bonell/Bonell*, Art. 6 Anm. 2.3.3.

48 Vgl. *BGH*, 23.7.1997 („Benetton II“), CISG-online Case 276 = NJW 1997, 3309–3311 = EWiR Art. 4 CISG 1/97, 985–986; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* = TranspR-IHR 1999, 23–24 (engl.) = WM Sonderbeilage 2/1998, 41 (Wolf) = www.unilex.info/case.cfm?id=259.

49 Vgl. *Bianca/Bonell/Bonell*, Art. 6 Anm. 2.3.3.