



MÉLANGES EN L'HONNEUR DU PROFESSEUR CLAUDE WITZ



 LexisNexis®

141 rue de Javel - 75015 Paris

A-7171546/2020

Katalog

ZUR BEDEUTUNG DER ANWENDUNGSBEDINGUNGEN A) UND B) IN ART. 1 ABS. 1 CISG (CVIM)

Ben Gerrit KÖHLER
Helmut RÜßMANN

EINFÜHRUNG

Dass ein internationales Übereinkommen wie das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) in seinem ersten Artikel seinen Anwendungsbereich regelt, ist auf den ersten Blick nicht verwunderlich. Der potentielle Anwender möchte ja wissen, in welchen Situationen eine Regelung zur Anwendung kommt. Er erfährt aus Art. 1 Abs. 1 CISG, dass es um Kaufverträge über Waren geht, bei denen die Vertragsparteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, grenzüberschreitende Kaufverträge eben. Jetzt muss er nur noch wissen (oder sollte es schon vorher überlegt haben), ob das Übereinkommen überhaupt zum für ihn anwendbaren Recht gehört. Das ist entweder der Fall, wenn ihn das Übereinkommen selbst unabhängig von einer kollisionsrechtlichen Prüfung bindet oder wenn das anwendbare Kollisionsrecht auf eine Rechtsordnung verweist, in der das Übereinkommen das für grenzüberschreitende Kaufverträge geltende Recht darstellt.

Führt man sich das vor Augen, fragt man sich, welche Bedeutung die in Art. 1 Abs. 1 CISG in lit. a und b genannten Anwendungsbedingungen haben, die den Rechtsanwender anhalten, das Übereinkommen auf Warenkaufverträge anzuwenden, bei denen die Vertragspartner in unterschiedlichen Staaten niedergelassen sind,

- a. wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind oder,
- b. wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen.

Lit. b wiederholt die genuin kollisionsrechtliche Frage, die eigentlich vom Rechtsanwender schon beantwortet sein muss, bevor er überhaupt zu dieser Regelung vordringt. Das sieht nach einer überflüssigen und funktionslosen Regelung aus. Es könnte sich also um eine bloße interne Verteilungsnorm handeln.¹ Lit. a

1. In diese Richtung etwa SCHLECHTRIEM, *Internationales UN-Kaufrecht*, 4. Aufl. 2017, Rn. 17.

scheint dagegen etwas gegenüber der allgemeinen kollisionsrechtlichen Analyse Neues zu regeln, die kollisionsrechtliche Analyse überflüssig zu machen oder sich gar gegen das Ergebnis einer kollisionsrechtlichen Analyse zu wenden, wenn diese zur Anwendung des Rechts eines Drittstaates führt, in dem das UN-Kaufrecht nicht zum geltenden Recht gehört (etwa bei der Wahl englischen Rechts in einem Kaufvertrag zwischen einem in Deutschland niedergelassenen Verkäufer und einem in Frankreich niedergelassenen Käufer).

Die in Art. 1 Abs. 1 CISG in lit. a und lit. b genannten Anwendungsbedingungen beschreiben nicht den Vertrag (Kaufvertrag über Waren) und auch nicht die Verhältnisse der Vertragsparteien (Unternehmen mit Niederlassung in verschiedenen Staaten), sondern Bedingungen, unter denen das Übereinkommen generell zur Anwendung kommen kann und soll. Wer ist der Adressat von solchen generellen Anwendungsbedingungen? Das kann nur jemand sein, für den diese Bestimmung gilt, bevor er über die Anwendung des Übereinkommens nach dieser Bestimmung entscheidet.

Betrachten wir die Frage für drei Entscheidungs- und Anwendungssituationen! Gemeinsam ist allen Situationen, dass in einem grenzüberschreitenden Warenkaufvertrag zwischen einem deutschen Verkäufer und einem französischen Käufer die Vertragsparteien die Anwendung englischen Rechts vereinbart haben. Die Situationen unterscheiden sich in der Entscheidungszuständigkeit. In der ersten haben sich die Parteien für ein ICC-Schiedsgericht mit Sitz in Zürich entschieden, in der zweiten haben sich die Parteien für die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte ihrer Majestät in London entschieden, in der dritten haben die Parteien gar keine Vereinbarung über die Entscheidungszuständigkeit getroffen, so dass für die Klage des deutschen Verkäufers gegen den französischen Käufer die Gerichte in Frankreich nach den Regeln der Brüssel-Ia-Verordnung² über die internationale Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen international zuständig sind. Und nur in diesem dritten Fall haben wir mit dem französischen Richter einen Adressaten für die Entscheidung über die generelle Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts nach den in lit. a und lit. b genannten Anwendungsbedingungen des Art. 1 CISG vor uns.

Um zu den Adressaten für die Entscheidung über die generelle Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts nach den in lit. a und lit. b genannten Anwendungsbedingungen des Art. 1 CISG zu zählen, muss Art. 1 CISG zu dem den Entscheider bindenden Recht gehören, ohne dass der Entscheider schon über die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts im Allgemeinen entschieden hätte. Denn diese Entscheidung soll er ja erst noch treffen. Das kann nur ein staatlicher Richter in einem Vertragsstaat sein. Für ihn gehört das UN-Kaufrecht unabhängig von seiner generellen Anwendbarkeit zum Teil des ihn allgemein bindenden staatlichen

2. Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

Rechts.³ Das trifft in den geschilderten Entscheidungssituationen nur für den Richter in Frankreich zu. Das Schiedsgericht kennt als bindendes Recht über den Sitz des Schiedsverfahrens nur das am Sitz geltende Schiedsverfahrensrecht, die *lex arbitri*. Über das im Schiedsverfahren anwendbare materielle Recht muss das Schiedsgericht nach dem für das Schiedsverfahren geltenden Kollisionsrecht entscheiden.⁴ Das ist bei einem ICC-Verfahren Art. 21 der ICC-Regeln⁵, bei einem ad-hoc-Verfahren Art. 187 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht⁶. Zur Anwendung des UN-Kaufrechts gelangt der Entscheider in der Schiedsgerichtsbarkeit nur über die Regeln des schiedsverfahrensrechtlichen Kollisionsrechts.⁷ Für den Einsatz der in lit. a und lit. b genannten Anwendungsbedingungen des Art. 1 CISG bleibt kein Raum.

Ebenso verhält es sich bei den Gerichten ihrer Majestät in London. Da das Vereinigte Königreich kein Vertragsstaat des UN-Kaufrechts ist, kann der englische Richter nur über das Kollisionsrecht zur Anwendung von Art. 1 CISG kommen.⁸ Das ist (noch) die Rom-I-Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht⁹. Da in der gegebenen Entscheidungssituation die Vertragsparteien englisches Recht für die Entscheidung ihres Rechtsstreits gewählt haben, das UN-Kaufrecht aber mangels Ratifizierung nicht Teil des englischen Rechts ist, kommt es trotz der Niederlassung von Verkäufer und Käufer in verschiedenen Vertragsstaaten nicht zu einer Anwendung des UN-Kaufrechts.

Für den staatlichen Richter in Frankreich aber stellt sich die spannende Frage nach dem Verhältnis der in lit. a und lit. b des Art. 1 CISG genannten Anwendungsbedingungen für das UN-Kaufrecht. Nach a) ist das UN-Kaufrecht anwendbar, da Deutschland und Frankreich als Niederlassungstaaten Vertragsstaaten sind; nach b) ist das UN-Kaufrecht nicht anwendbar, da das UN-Kaufrecht nicht Teil des gewählten englischen Rechts ist.

Man könnte geneigt sein, den Konflikt mit einem Verweis auf Art. 6 CISG zu lösen. Diese Vorschrift erlaubt ja, das an sich anwendbare UN-Kaufrecht durch Parteivereinbarung abzuwählen. Wenn man die Wahl des englischen

3. SCHLECHTRIEM/WITZ, *Convention de Vienne*, 2008, n° 18.

4. SCHMIDT-AHRENDTS, *CISG and Arbitration*, 2011 *Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed.*, 211, 214. – SCHWENZER/JÄGER, *The CISG in International Arbitration*, in SHAUGHNESSY/TUNG (eds.), *Liber Amicorum Karer*, 2017, S. 311, 313 f.

5. Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, in force as from 1 March 2017, abrufbar unter <https://cdn.iccwbo.org/content/upload/sites/1/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf> (29.6.2018).

6. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (Stand 1. April 2017).

7. P. HUBER, in HUBER/MULLIS, *The CISG*, 2007, S. 67. – SCHMIDT/AHRENDTS, *CISG and Arbitration*, 2011 *Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed.*, 211, 214.

8. KADNER GRAZIANO, *The CISG Before The Courts Of Non-Contracting States? – Take foreign sales law as you find it*, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13 (2011), 165, 168.

9. Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

Rechts als implizite Abwahl des UN-Kaufrechts ansieht, löst sich der Konflikt auf. Das nach Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG anwendbare UN-Kaufrecht, wäre durch Parteivereinbarung nach Art. 6 CISG abgewählt. Der sorgfältig arbeitende französische Richter gibt sich mit der impliziten Abwahl des UN-Kaufrechts durch Wahl des englischen Rechts nicht zufrieden. Er fragt die Parteien, warum sie sich für das englische Recht entschieden haben, und erfährt, dass man den strengen deutschen Regeln zur Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach § 377 HGB ausweichen wollte. An das UN-Kaufrecht habe man gar nicht gedacht. Mit dieser Information erscheint die implizite Abwahl des UN-Kaufrechts nach Art. 6 CISG zweifelhaft. Der Anwendungskonflikt zwischen a) und b) muss entschieden werden. Welcher der beiden Regelungen gebührt der Vorrang? Die Reihenfolge spricht für a), ein schwaches Argument, wenn man nicht weiß, ob die Reihenfolge bewusst gewählt worden ist. Die Logik könnte ebenfalls für a) sprechen, wenn das „oder“, das a) und b) verknüpft, kein ausschließendes, sondern ein einschließendes Oder ist. Das sieht man dem nackten Text der Bestimmung nicht an (auch nicht in den amtlichen Sprachen Englisch und Französisch). Für b) spricht die Nähe zur privatautonomen Gestaltungsfreiheit als einem das UN-Kaufrecht insgesamt beherrschenden Prinzip. Spätestens jetzt ist der Zeitpunkt gekommen, die Auslegungsbemühungen auszuweiten und unter anderem nach den Vorstellungen und Absichten der Mütter und Väter des Übereinkommens zu fragen. Was wollten sie mit den Anordnungen in a) und b) erreichen? Dabei werden wir zeigen, dass das CISG auch bei einer Rechtswahl der Parteien aufgrund von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG vorrangig anzuwenden ist (nachfolgend I) und unter welchen Voraussetzungen eine Rechtswahl zum Ausschluss des Übereinkommens gemäß Art. 6 CISG führen kann (nachfolgend II.).

I. – DIE VORRANGIGE ANWENDUNG DES CISG AUFGRUND VON ART. 1 ABS. 1 LIT. A AUCH BEI RECHTSWAHL DER PARTEIEN

Bevor die Rechtsfolgen der Anwendung von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG dargestellt werden sollen (nachfolgend B), soll die vorrangige Anwendbarkeit von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG auch bei Rechtswahlabreden begründet werden (nachfolgend A).

A. – Die vorrangige Anwendbarkeit von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG bei einer Rechtswahl der Parteien

Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG ist auch bei einer Rechtswahl der Parteien grundsätzlich anwendbar (nachfolgend 1°) und geht der Anwendungsalternative gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG vor (nachfolgend 2°).

1° Die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG

Der Richter in einem Vertragsstaat unterliegt grundsätzlich dem Anwendungsbefehl des Übereinkommens gemäß Art. 1 Abs. 1 CISG. Fraglich ist allerdings, in welchem Verhältnis dieser Anwendungsbefehl zu einer Rechtswahl der Parteien steht. Die Anwendbarkeit des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG auf Rechtswahlklauseln wird zum Teil bestritten.¹⁰ Nach dieser insbesondere von *Petra Butler* vertretenen Ansicht ist Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG von vornherein im Falle einer Rechtswahl nicht anwendbar.¹¹ Eine Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts kann sich dann allenfalls aus Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG ergeben, wenn die Parteien das Recht eines Vertragsstaates wählen.¹² Dies führt dazu, dass es bei einer kollisionsrechtlich wirksamen Rechtswahl zugunsten des Rechts eines Nichtvertragsstaates überhaupt nicht zu einer Anwendung des Übereinkommens kommt.¹³ Die in der Rechtswahl zum Ausdruck kommende Abwahl des CISG hat sich demnach auch nicht an den Vorschriften des Übereinkommens zu messen, sondern an denjenigen Vorschriften, die das internationale Privatrecht des Forums für maßgeblich erklärt.¹⁴ Begründet wird diese Ansicht damit, dass es bei einer Anwendung des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG zu einer Aufteilung der kollisionsrechtlichen Prüfung komme.¹⁵ Einerseits sei das Übereinkommen auf die Frage anzuwenden, ob es wirksam ausgeschlossen sei und andererseits, im Falle des wirksamen Ausschlusses, das Kollisionsrecht des Forums auf die Frage, ob die positive Rechtswahl erfolgreich war.¹⁶ Bei einer Nichtanwendung des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG kommt hingegen von vornherein auf kollisionsrechtlicher Ebene nur das Kollisionsrecht des Forums selbst zur Anwendung. Das UN-Kaufrecht findet allenfalls nach kollisionsrechtlicher Verweisung über Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG Anwendung. Die von *Petra Butler* vorgeschlagene Lösung hat also den Vorteil, dass die Rechtswahl der Parteien sich nur an einem Recht messen lassen muss, nämlich gemäß Art. 2 Abs. 3 Haager Übereinkommen von 1955¹⁷, das in seinen Vertragsstaaten gemäß Art. 25 Abs. 1 Rom-I-VO der Rom-I-VO im Rahmen seines

10. BUTLER, *Choice of Law*, in DiMATTEO/JANSSEN/MAGNUS/SCHULZE (Hrsg.), *International Sales Law*, 2016, Chapter 30, Rn. 26.

11. BUTLER, *Choice of Law*, in DiMATTEO/JANSSEN/MAGNUS/SCHULZE (Hrsg.), *International Sales Law*, 2016, Chapter 30, Rn. 26.

12. MAGNUS, *UN-Kaufrecht – Aktuelles zum CISG*, ZEuP 2017, 140, 147.

13. BUTLER, *Choice of Law*, in DiMATTEO/JANSSEN/MAGNUS/SCHULZE (Hrsg.), *International Sales Law*, 2016, Chapter 30, Rn. 26.

14. BUTLER, *Choice of Law*, in DiMATTEO/JANSSEN/MAGNUS/SCHULZE (Hrsg.), *International Sales Law*, 2016, Chapter 30, Rn. 26. – MISTELIS, in KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2nd ed. 2018, Art. 6, Rn. 10.

15. BUTLER, *Choice of Law*, in DiMATTEO/JANSSEN/MAGNUS/SCHULZE (Hrsg.), *International Sales Law*, 2016, Chapter 30, Rn. 26.

16. BUTLER, *Choice of Law*, in DiMATTEO/JANSSEN/MAGNUS/SCHULZE (Hrsg.), *International Sales Law*, 2016, Chapter 30, Rn. 26.

17. Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht.

Anwendungsbereichs vorgeht,¹⁸ oder gemäß Art. 3 Abs. 5, 10 Abs. 1 Rom-I-VO am von den Parteien bestimmten Recht.

Dennoch stehen diesem Vorschlag durchgreifende Bedenken entgegen. Zunächst finden sich im Wortlaut des Art. 1 CISG keinerlei Anhaltspunkte für eine solche erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG. Tatsächlich knüpfen die Tatbestandsmerkmale des Art. 1 Abs. 1 CISG nicht an den Parteiwillen an. Vielmehr genügt für die Anwendbarkeit des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG der Sitz der Parteien in zwei verschiedenen Vertragsstaaten. In systematischer Hinsicht fällt auf, dass der Parteiwille grundsätzlich in Art. 6 CISG behandelt wird. Dies spricht dafür, dass das UN-Kaufrecht die Ebene von grundsätzlicher Anwendbarkeit von Amts wegen in Art. 1 Abs. 1 CISG und Auswirkungen des Parteiwillens auf die Anwendbarkeit in Art. 6 CISG trennt.¹⁹ Dies wird auch von der Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 1 CISG bestätigt. Die Verfasser der Konvention wollten, in Abgrenzung zur Vorgängerregelung in Art. 1 Abs. 1 des Haager Übereinkommens zur Einführung eines Einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen von 1964 (im Folgenden ULIS) mit den zahlreichen Vorbehalten gemäß Art. II-V ULIS, eine einfache Regelung finden, deren international einheitliche Anwendung nicht durch eine Vielzahl von Vorbehalten relativiert wird.²⁰ Deswegen schufen die Verfasser Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG, dessen Anwendung durch die einfach feststellbaren Voraussetzungen erleichtert wurde.²¹ Für eine Nichtanwendbarkeit des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG bei einer Rechtswahl der Parteien findet sich indes in der Entstehungsgeschichte keinerlei Hinweis. Bei einer solchen Nichtanwendung von lit. a bei einer Rechtswahl wäre die Anwendbarkeit des Übereinkommens für eine große Zahl von Fällen der Willkür des Kollisionsrechts ausgeliefert. Dies erscheint gerade im Lichte des Gebots der autonomen und international einheitlichen Auslegung des CISG gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG problematisch, da das CISG die Definitionshoheit darüber verlöre, welche Art der Parteivereinbarung sich auf die Anwendbarkeit des CISG auswirkt. Die besseren Gründe sprechen daher dafür, Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG für grundsätzlich anwendbar zu halten.²²

18. MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, Rom I VO, [Neubearbeitung 2016], Art. 25, Rn. 12. – MARTINY, in SÄCKER/RIECKER/OETIKER/LIMPERG (Hrsg.), *MKo-BGB, Rom-I VO*, 7. Aufl. 2018, Art. 25, Rn. 3. – RINGE, in HERBERGER/MARTINEK/ROßMANN u.a. (Hrsg.), *jurisPK-BGB, Rom-I VO*, 8. Aufl. 2017, Art. 25, Rn. 6.
19. SCHROETER, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4th ed. 2016, Intro to Arts. 14-24, Rn. 30.
20. UNCITRAL Yearbook I (1968-1970), S. 178, Nr. 13.
21. Zu den Schwierigkeiten, die dennoch auftreten können, s. FERRARI, *PIL and CISG: Friends or Foes?*, IHR 2012, 89, 101 f.
22. LOHMANN, *Parteiautonomie und UN-Kaufrecht*, 2005, S. 123 f. – SCHWENZER/HACHEM, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4th ed. 2016, Art. 6, Rn. 4.

2° Grundsätzlicher Vorrang von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG gegenüber Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG

Mit der Feststellung der grundsätzlichen Anwendbarkeit ist allerdings noch nicht die Frage des Verhältnisses zwischen Art. 1 Abs. 1 lit. a und lit. b CISG im Falle einer Rechtswahl beantwortet. Der aktuelle Meinungsstand soll kurz dargelegt werden (nachfolgend a)), bevor der Vorrang des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG begründet wird (nachfolgend b)).

a) Meinungsstand

Die Frage des Verhältnisses von lit. a und lit. b ist im Schrifttum unterschiedlich beantwortet worden. So geht Ulrich Schroeter davon aus, dass grundsätzlich derjenige Buchstabe vorrangig sei, der zu einer einheitlichen Anwendung des CISG im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG führe.²³ Je nach Fallkonstellation könne dies entweder lit. a oder lit. b sein.²⁴ Bei gleichem Anwendungsumfang des Übereinkommens nach beiden Buchstaben soll lit. a der Vorrang gebühren, während bei Einschränkungen der Anwendung des Übereinkommens gemäß Art. 92-94 CISG Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG vorrangig anzuwenden sei, da er zu einer größeren Anwendbarkeit des Übereinkommens führe.²⁵

Dem wird zum Teil entgegengehalten, dass jedenfalls bei einer Rechtswahl der Parteien lit. b der Vorrang eingeräumt werden solle.²⁶ In eine ähnliche Richtung geht eine jüngere Entscheidung des Bundesgerichtshofes, der für einen Vertrag zwischen einer deutschen Verkäuferin und einer belgischen Käuferin die Anwendbarkeit aus Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG herleitet, ohne den Vorzug von lit. b vor lit. a CISG indes zu begründen.²⁷

Ein solcher Vorrang der kollisionsrechtlichen Vorschaltlösung wird von Ulrich Magnus damit begründet, dass dem Parteiwillen auch sonst in der Konvention Vorrang gebührt und dass dieser Wille sonst gar keine Beachtung fände.²⁸ Praktisch führt eine solche Lösung zu ähnlichen Ergebnissen wie die gänzliche Nichtanwendung des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG, da auch hier Sinn und Zweck die kollisionsrechtliche Vorschaltung der Bestimmungen über die Rechtswahl ist. Ob demgegenüber lit. a subsidiär zur Anwendung kommen soll, wenn die Rechtswahl der Parteien nicht zur Anwendung des CISG führt, bleibt unklar.

23. SCHROETER, *Rückkaufverpflichtungen und „contra proferentem“-Regel unter dem UN-Kaufrecht*, IHR 2014, 173, 174 f.
24. SCHROETER, *Rückkaufverpflichtungen und „contra proferentem“-Regel unter dem UN-Kaufrecht*, IHR 2014, 173, 174 f.
25. SCHROETER, *Rückkaufverpflichtungen und „contra proferentem“-Regel unter dem UN-Kaufrecht*, IHR 2014, 173, 174 f.
26. MAGNUS, *UN-Kaufrecht – Aktuelles zum CISG*, ZEuP 2017, 140, 147.
27. BGH, Urt. 28.5.2014, IHR 2014, 184 f., CISG-online, n° 2513; s. auch die kritische Anmerkung von SCHROETER, *Rückkaufverpflichtungen und „contra proferentem“-Regel unter dem UN-Kaufrecht*, IHR 2014, 173, 178.
28. MAGNUS, *UN-Kaufrecht – Aktuelles zum CISG*, ZEuP 2017, 140, 147.

b) Begründung des grundsätzlichen Vorrangs des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG

Entgegen der oben genannten Ansichten gebührt der Vorrang grundsätzlich Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG (1). Diese Rangfolge bedarf auch hinsichtlich der Vorbehalte der Art. 92-94 CISG keiner Einschränkung, sondern lediglich einer Ergänzung (2).

1) Lit. a ist grundsätzlich vorrangig

Im Wortlaut finden sich zunächst keinerlei Anhaltspunkte für einen Vorrang einer der beiden Buchstaben. Die Buchstaben a und b stehen vielmehr auf derselben Ebene und werden durch ein „oder“ verknüpft. Da eine weitere Qualifikation fehlt, spricht die gewählte „oder“-Verknüpfung für eine Gleichrangigkeit der Buchstaben. Auch aus der Reihenfolge in Art. 1 Abs. 1 CISG ergibt sich nicht zwingend ein Rangverhältnis von lit. a und lit. b.²⁹ Allein aufgrund des Wortlauts von Art. 1 Abs. 1 CISG kann daher weder ein Vorrang von lit. a noch von lit. b begründet werden.³⁰

Erste Hinweise ergeben sich aus anderen Vorschriften des Übereinkommens. Zum einen zeigt Art. 6 CISG, dass die Prüfung des Art. 1 Abs. 1 CISG grundsätzlich ohne eine Berücksichtigung des Parteiwillens auszukommen vermag. Da das Übereinkommen einerseits den grundsätzlichen Anwendungsbefehl von Amts wegen in Art. 1 CISG und andererseits die Auswirkungen des Parteiwillens und der Parteiautonomie in Art. 6 CISG verortet, erscheint es fernliegend den Parteiwillen bereits vorgehend in die Analyse des Art. 1 Abs. 1 CISG einzubeziehen.³¹ Es trifft daher nicht zu, dass der Parteiwille in der Rechtswahl der Parteien im Übereinkommen bei Anwendung des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG keine weitere Berücksichtigung finden würde.³² Vielmehr handelt es sich bei der Auslegung und Berücksichtigung des Parteiwillens um Anwendungsfälle der Art. 6, 8 CISG.³³ Zum anderen spricht auch die Möglichkeit des Vorbehalts gemäß Art. 95 CISG gegen einen Vorrang von lit. b vor lit. a. Gemäß Art. 95 CISG kann ein Staat erklären, dass Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG für ihn nicht verbindlich ist.³⁴ Es sollte Staaten freigestellt werden, ob sie das Übereinkommen nur gegenüber Parteien aus zwei Vertragsstaaten zur Anwendung bringen wollen oder auch in Fällen, in denen ihr internationales Privatrecht auf das Recht eines Vertrags-

29. SCHROETER, *Rückkaufverpflichtungen und „contra proferentem“-Regel unter dem UN-Kaufrecht*, IHR 2014, 173 f.

30. SCHROETER, *Rückkaufverpflichtungen und „contra proferentem“-Regel unter dem UN-Kaufrecht*, IHR 2014, 173 f.

31. Hiergegen ausdrücklich SCHROETER, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4th ed. 2016, Intro to Arts. 14-24, Rn. 30.

32. So aber MAGNUS, *UN-Kaufrecht – Aktuelles zum CISG*, ZEuP 2017, 140, 147.

33. S. hierzu ausführlich unten, II.

34. Dieser Vorbehalt wurde von sechs Staaten, darunter China und die Vereinigten Staaten von Amerika, erklärt, s. UNCITRAL, *CISG Status*, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (29.6.2018).

staates verweist.³⁵ Die Vorbehaltsmöglichkeit spricht dafür, dass Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG die Anwendbarkeit des Übereinkommens lediglich erweitern soll, wenn es nicht ohnehin schon gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG eingreift. Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG ist damit eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Übereinkommens, die ausweislich Art. 95 CISG nicht als unverzichtbar angesehen wurde. Es wäre nicht zweckmäßig, in der wichtigen Rechtsfrage der Rechtswahl der Parteien vom Vorrang einer Norm auszugehen, die nicht für alle Vertragsstaaten verbindlich ist. Eine international einheitliche Auslegung des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG erfordert vielmehr, das Verhältnis von Rechtswahl und Anwendbarkeit des Übereinkommens international einheitlich und unabhängig von einem etwaigen Vorbehalt gemäß Art. 95 CISG zu bestimmen.

Während diese systematischen Argumente zunächst nur gegen einen Vorrang von lit. b sprechen, kann sich die These des grundsätzlichen Vorrangs von lit. a auf die Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 1 CISG stützen. Die Entstehungsgeschichte von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG erklärt sich durch die Vorgängerregelung in Art. 1, 2 ULIS. Das ULIS erklärte sich grundsätzlich für anwendbar, unabhängig von einer Beziehung der Parteien zu Vertragsstaaten, der Nationalität der Parteien³⁶ oder einer kollisionsrechtlichen Berufung.³⁷ War der sachliche Anwendungsbereich des Übereinkommens daher eröffnet, musste der Richter eines Vertragsstaates das Einheitsrecht grundsätzlich unabhängig von räumlichen Anknüpfungspunkten zur Anwendung bringen.³⁸ Diese weitgehende Regelung wurde durch die Vorbehalte nach Art. II-V ULIS eingeschränkt. So konnten Vertragsstaaten sich vorbehalten, das Übereinkommen nur bei Parteien aus Vertragsstaaten anzuwenden, kollisionsrechtliche Übereinkommen vorzuschalten oder die Anwendung des Übereinkommens von vornherein von einer positiven Wahl der Parteien abhängig zu machen.³⁹ Der umfassende Anwendungsbereich verbunden mit den verschiedenen Vorbehaltsmöglichkeiten wurde als Schwäche des ULIS angesehen.⁴⁰ Als Reaktion darauf wurden verschiedene Regelungen des räumlichen Anwendungsbereichs des CISG diskutiert.⁴¹ Ein Vorschlag ging dahin, die Anwendung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG lediglich auf Verträge zwischen Parteien in Vertragsstaaten zu beschränken.⁴² Es wurde indes befürchtet,

35. Dies ging insbesondere auf eine Initiative der sozialistischen Staaten zurück, die ihre besonderen nationalen Regeln für internationale Kaufverträge bewahren wollten, s. hierzu *Official Records*, S. 229.

36. Art. 1 Abs. 3 ULIS.

37. S. zum Ganzen MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, *CISG, (Neubearbeitung 2018)*, Art. 1, Rn. 7 ff.

38. FERRARI, *PIL and CISG: Friends or Foes?*, IHR 2012, 89, 99. – HERBER, in DÖLLE (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitslichen Kaufrecht*, 1976, Art. 1, Rn. 14.

39. S. hierzu HERBER, in DÖLLE (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitslichen Kaufrecht*, 1976, Vor Art. 1-4, Rn. 14 f.

40. UNCITRAL Yearbook I (1968-1970), S. 178, Nr. 12, 13; UNCITRAL Yearbook VI (1975), S. 89, Nr. 11. – MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, *CISG, (Neubearbeitung 2018)*, Art. 1, Rn. 9.

41. UNCITRAL Yearbook I (1968-1970), S. 178 ff.; 191 f.

42. UNCITRAL Yearbook I (1968-1970), S. 178.

dass der Anwendungsbereich des CISG in diesem Fall zu eng gefasst sein würde.⁴³ In diesem Zusammenhang ist die Hinzufügung der kollisionsrechtlichen Vorschaltlösung in lit. b zu sehen, die sich in den ersten Entwürfen noch in einem gesonderten Absatz fand und eingeleitet wurde mit „the law shall also apply“.⁴⁴ Dass Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG in vielen, aber nicht in allen Fällen des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG ebenfalls zur Anwendung des Übereinkommens führen würde, war den Verfassern klar, erschien ihnen freilich irrelevant, da in diesen Fällen die Anwendbarkeit bereits gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG feststeht.⁴⁵ Auch im Sekretariatskommentar war ein Eingreifen von lit. b nur für Fälle vorgesehen, in denen das Übereinkommen nicht schon gemäß lit. a anwendbar ist.⁴⁶ Dass lit. b dazu diene, den Anwendungsbereich des Übereinkommens über lit. a hinaus zu erstrecken, zeigt auch die Debatte infolge des Antrags der Bundesrepublik Deutschland, lit. b zu streichen.⁴⁷ Die Bedeutung von Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG wurde vor allem darin gesehen, das Übereinkommen auch bei Beteiligung einer Partei aus einem Nichtvertragsstaat anwenden zu können.⁴⁸ Hieraus folgt, dass bereits für die Verfasser der Konvention lit. b eine lediglich ergänzende Funktion für solche Fälle haben sollte, in denen die Anwendbarkeit sich nicht bereits aus Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG ergibt. Lit. b sollte also lit. a lediglich ergänzen und nicht ihm vorgehen.

Letztlich folgt der Vorrang von lit. a auch aus dem Gebot der einheitlichen Anwendung des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG.⁴⁹ Würde man von einer vorrangigen Anwendung des Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG für Fälle der Rechtswahl der Parteien ausgehen, gäbe das CISG die Definitionshoheit über die Anwendbarkeit des Übereinkommens auch in den Fällen an das anwendbare Kollisionsrecht ab, in denen beide Parteien aus Vertragsstaaten kommen.⁵⁰ Neben der Beeinträchtigung der einheitlichen Anwendung der Konvention könnte dies in bestimmten Fällen auch zu einem *forum shopping* führen. Dem steht auch nicht der grundsätzliche Vorrang des Parteiwillens nach dem Übereinkommen entgegen.⁵¹ Zwar genießt der Parteiwille im CISG grundsätzlich Vorrang. Allerdings obliegt es dem CISG selbst, zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein bestimmter Parteiwille anzuerkennen ist und welcher Inhalt ihm beigemessen wird. Auch die Feststellung des Parteiwillens im Rahmen des Übereinkommens

43. UNCITRAL Yearbook I (1968-1970), S. 191, Nr. 17.

44. UNCITRAL Yearbook I (1968-1970), S. 179.

45. UNCITRAL Yearbook I (1968-1970), S. 199: „The courts of both States shall always apply the Uniform Law without looking into the rules of private international law“.

46. Secretariat Commentary on the 1978 Draft, Art. 1, n° 6, 7.

47. Official Records, S. 237 f.

48. Official Records, S. 247 f.

49. SCHROETER, *Rückkaufverpflichtungen und „contra proferentem“-Regel unter dem UN-Kaufrecht*, IHR 2014, 173, 174.

50. SCHROETER, *Rückkaufverpflichtungen und „contra proferentem“-Regel unter dem UN-Kaufrecht*, IHR 2014, 173, 174 f.

51. So aber MAGNUS, *UN-Kaufrecht – Aktuelles zum CISG*, ZEuP 2017, 140, 147.

unterliegt dem Gebot der einheitlichen Auslegung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG. Der Parteiwille kann daher erst dann Vorrang erlangen, wenn er nach den Regeln der Konvention festgestellt ist. Dem widerspräche eine vorrangige Vorschaltung des Kollisionsrechts gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG.

Auch bei einer Rechtswahl von Parteien aus zwei Vertragsstaaten bleibt es also bei einer Anwendung des Übereinkommens aufgrund von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG. Dieser Grundsatz bedarf auch bei Vorbehalten gemäß Art. 92-94 CISG keiner Beschränkung.

2) Keine Einschränkung des Vorrangs bei Vorbehalten gemäß Art. 92-94 CISG

Nach der Ansicht *Ulrich Schroeters* ist der grundsätzliche Vorrang von lit. a im Anwendungsbereich der Vorbehalte der Art. 92-94 CISG einzuschränken.⁵² Dann soll Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG der Vorrang gebühren.⁵³ Eine solche Einschränkung erscheint indes nicht geboten. Es bietet sich an, zwischen den verschiedenen Vorbehalten zu differenzieren.

In den Fällen der Art. 93, 94 CISG stellt sich die Vorrangfrage nicht, da die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG nicht vorliegen. Die Frage nach dem Vorrang von lit. a kann sich indes nur stellen, wenn die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG erfüllt sind. Hieran fehlt es, wenn etwa eine Partei eine Niederlassung in einer Gebietseinheit gemäß Art. 93 Abs. 1, 3 CISG hat, auf die das Übereinkommen nach einer entsprechenden Erklärung des Vertragsstaates nicht anwendbar sein soll, da diese Partei dann nicht in einem Vertragsstaat im Sinne von Art. 1 Abs. 1, Art. 93 Abs. 3 CISG niedergelassen ist.⁵⁴ Eine Anwendung des Übereinkommens kommt dann ohnehin allenfalls gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG in Betracht.⁵⁵ Eine Vorrangfrage stellt sich daher nicht. Gleiches gilt für den Vorbehalt gemäß Art. 94 CISG. Auch hier ist bei Parteien aus verschiedenen Vorbehaltsstaaten im Sinne von Art. 94 Abs. 1 CISG eine Anwendung des Übereinkommens gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG von vornherein ausgeschlossen.⁵⁶ Eine Anwendung des Übereinkommens ist dann lediglich denkbar, wenn aufgrund des Kollisionsrechts des Forums das Recht eines anderen Vertragsstaates anwendbar ist, etwa weil die Parteien es gewählt haben.⁵⁷ In diesen

52. SCHROETER, *Rückkaufverpflichtungen und „contra proferentem“-Regel unter dem UN-Kaufrecht*, IHR 2014, 173, 174 f.

53. SCHROETER, *Rückkaufverpflichtungen und „contra proferentem“-Regel unter dem UN-Kaufrecht*, IHR 2014, 173, 174 f.

54. FERRARI, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 6. Aufl. 2013, Art. 93, Rn. 3. – MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, *CISG, (Neubearbeitung 2018)*, Art. 93, Rn. 7.

55. FERRARI, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 6. Aufl. 2013, Art. 93, Rn. 3.

56. OLG Hamm, 2.4.2009, IHR 2010, 59, 63. – FERRARI, *PIL and CISG: Friends or Foes?*, IHR 2012, 89, 102. – MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, *CISG, (Neubearbeitung 2018)*, Art. 94, Rn. 7.

57. MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, *CISG, (Neubearbeitung 2018)*, Art. 94, Rn. 7.

Fragen ist Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG daher nicht vorrangig, sondern allein anwendbar.

Eine echte Vorrangfrage besteht hingegen bei einem Vorbehalt gemäß Art. 92 CISG. Gemäß Art. 92 Abs. 1 CISG kann ein Vertragsstaat erklären, dass Teil II oder Teil III des Übereinkommens für ihn nicht verbindlich ist. Die skandinavischen Staaten, die ursprünglich gemäß Art. 92 Abs. 1 CISG einen Vorbehalt für Teil II des Übereinkommens erklärt hatten, haben diesen mittlerweile zurückgenommen,⁵⁸ so dass die Frage gemäß Art. 97 Abs. 4 S. 2 CISG nur noch für Verträge relevant ist, die vor Wirksamkeit der Rücknahme geschlossen wurden.⁵⁹ Gemäß Art. 92 Abs. 2 CISG gilt der Vorbehaltstaat in Bezug auf den vom Vorbehalt umfassten Teil nicht als Vertragsstaat. Eine Anwendung des Übereinkommens gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG kann daher nur hinsichtlich der übrigen Teile begründet werden, während Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG zur Anwendbarkeit des gesamten Übereinkommens führen kann, wenn auf das Recht eines Vertragsstaates ohne Vorbehalt verwiesen wird.⁶⁰ Daraus folgt indes nicht eine vorrangige Anwendung von lit. b.⁶¹ Vielmehr ist zwischen Vorbehaltsteil und übrigen Teilen des Übereinkommens zu trennen. Hinsichtlich der Teile des Übereinkommens, die nicht vom Vorbehalt betroffen sind, gelten für den Vorrang von lit. a ohne Einschränkung die oben genannten Argumente. Auch hier sollte im Sinne der einheitlichen Auslegung des Übereinkommens gemäß Art. 7 Abs. 1 CISG ein Rekurs auf das Kollisionsrecht des Forums vermieden werden. Lediglich für den vom Vorbehalt umfassten Teil muss das anwendbare Recht anhand des Kollisionsrechts ermittelt werden, was gegebenenfalls über Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG zur Anwendung des Übereinkommens auch auf diesen Teil führen kann, wenn für den Vorbehaltsteil auf das Recht eines Vertragsstaates ohne Vorbehalt im Sinne von Art. 92 Abs. 1 CISG verwiesen wird.⁶² Dies erfolgt indes nicht aufgrund des Vorrangs von lit. b, sondern aufgrund seiner Erweiterungsfunktion, die ihm bereits von den Verfassern der Konvention beigemessen wurde.

B. – Die Rechtsfolgen der vorrangigen Anwendung des Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG bei Rechtswahlklauseln

Aus der Anwendung des Übereinkommens gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG ungeachtet der Rechtswahl der Parteien folgt, dass sich die Rechtswahl zugun-

58. SCHROETER, *The withdrawal of reservations under uniform private law conventions*, *Uniform Law Review* 2015, 1, 3.

59. SCHROETER, *The withdrawal of reservations under uniform private law conventions*, *Uniform Law Review* 2015, 1, 13. – SCHWENZER/HACHEM, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4th ed. 2016, Art. 97, Rn. 2, Art. 100, Rn. 4.

60. P. HUBER, in SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG (Hrsg.), *MünchKomm-BGB, CISG*, 7. Aufl. 2016, Art. 92, Rn. 2.

61. So aber SCHROETER, *Rückkaufverpflichtungen und „contra proferentem“-Regel unter dem UN-Kaufrecht*, *IHR* 2014, 173, 174 f.

62. FERRARI, *PIL and CISG: Friends or Foes?*, *IHR* 2012, 89, 103.

ten eines Nichtvertragsstaates an den Vorschriften des Übereinkommens selbst messen lassen muss (nachfolgend 1°). Hieraus ergeben sich wichtige Unterschiede zur Vorschaltung des Kollisionsrechts gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG, die anhand einiger Beispiele kurz illustriert werden sollen (nachfolgend 2°).

1° Anwendbarkeit des Übereinkommens auf Auslegung und Zustandekommen der Ausschlussvereinbarung gemäß Art. 6, 8 CISG

Da der Richter im Vertragsstaat das CISG grundsätzlich gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG anzuwenden hat, ist ein möglicher Ausschluss gemäß Art. 6 CISG durch Parteivereinbarung an den Voraussetzungen des CISG zu messen. Damit sind die Art. 8, 14 ff. CISG für die Frage, ob die Parteien das CISG ausgeschlossen haben, maßgeblich.⁶³ Nicht entscheidend sind die Vorschriften des CISG demgegenüber hinsichtlich der Möglichkeit und dem Zustandekommen der positiven Rechtswahl der Parteien, die dem nach Ausschluss des CISG wieder anwendbaren Kollisionsrecht des Forums unterliegt.⁶⁴ Haben die Parteien aus Frankreich und Deutschland wie im eingangs gebildeten Beispiel englisches Recht gewählt, bestimmt sich die Frage, ob das CISG durch die Rechtswahl ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen wurde, nach den Art. 6, 8, 14 ff. CISG, während die Frage, ob englisches Recht wirksam vereinbart wurde, vom französischen Richter gemäß Art. 2 Abs. 1, 3 Haager Übereinkommen von 1955 anhand des englischen Rechts zu prüfen ist. Die Rechtswahl wird also aufgeteilt in Abwahl des CISG, die dem Übereinkommen unterliegt, und positive Rechtswahl, die in der Regel nach dem gewählten Recht zu prüfen ist.⁶⁵

Dies ist zum Teil mit dem Argument bestritten worden, das nach dem Kollisionsrecht anwendbare Recht habe über den Ausschluss zu entscheiden.⁶⁶ Nach einer insbesondere von Peter Huber vertretenen differenzierenden Ansicht richtet sich zwar die Auslegung der Vereinbarung nach Art. 8 CISG, da dieser hinreichend allgemein formuliert sei, die Regeln über den Vertragsschluss gemäß Art. 14 ff. CISG seien indes nicht anzuwenden, da sie nur spezifisch kaufrechtliche Regeln enthielten und nicht auf die Rechtswahlvereinbarung zugeschnitten seien.⁶⁷ Danach ist die Rechtswahl zwar nach Art. 8 CISG auszulegen, ihr Zustan-

63. CL. WITZ/HAWON, in HERBERGER/MARTINIK/ROBMAN (Hrsg.), *jurisPK-BGB, CISG*, 8. Aufl. 2017, Art. 14, Rn. 19.

64. MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, *CISG, (Neubearbeitung 2018)*, Art. 6, Rn. 11. – SCHWENZER/HACHEM, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4th ed. 2016, Art. 6, Rn. 4.

65. FERRARI, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 6. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 16. – MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, *CISG, (Neubearbeitung 2018)*, Art. 6, Rn. 11. – SCHWENZER/HACHEM, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4th ed. 2016, Art. 6, Rn. 4.

66. MISTELIS, in KRÖLL/MISTELIS/PERALES VICARIAS (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2nd ed. 2018, Art. 6, Rn. 10.

67. P. HUBER, in SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG (Hrsg.), *MünchKomm-BGB, CISG*, 7. Aufl. 2016, Art. 6, Rn. 4, 6. – Ders., in P. HUBER/MULLIS, *CISG*, 2007, S. 61.

dekommen richtet sich allerdings nach dem durch das Kollisionsrecht berufenen Recht.⁶⁸ Hintergrund auch dieser Ansicht ist, dass die Rechtswahl dann jedenfalls hinsichtlich ihres Zustandekommens gemäß Art. 3 Abs. 5, 10 Abs. 1 Rom-I-VO bzw. Art. 2 Abs. 3 Haager Übereinkommen von 1955 einheitlich nach dem von den Parteien gewählten Recht zu beurteilen ist.

Dem steht entgegen, dass das UN-Kaufrecht grundsätzlich seinen Regelungsbereich selbst bestimmt und innerhalb dieses Regelungsbereichs das internationale Privatrecht nur im Rahmen von Lücken gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG zur Anwendung kommen kann. Der Regelungsbereich des Übereinkommens wird durch die Bestimmungen des UN-Kaufrechts bestimmt. Da das Übereinkommen seinen Ausschluss in Art. 6 CISG ausdrücklich regelt und dort auch zumindest teilweise die Anforderungen des Ausschlusses festlegt, ist die Frage der Ausschlussvereinbarung insgesamt seinem Regelungsbereich zuzurechnen. Hierin unterscheiden sich Ausschlussvereinbarungen von anderen selbstständigen Vereinbarungen, die keinen kaufrechtlichen Inhalt haben, namentlich Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen. Eine Anwendung der Art. 14 ff. CISG auf solche Streitbelegungsabreden ist nicht streitig, weil die Art. 14 ff. CISG hierfür nicht weit genug wären, sondern weil zweifelhaft ist, ob diese Abreden überhaupt dem Regelungsbereich des CISG unterfallen.⁶⁹ Für solche Abreden fehlt es an einer mit Art. 6 CISG vergleichbaren Bestimmung, die sie ausdrücklich dem Regelungsbereich des Übereinkommens zuordnet.

Da die Ausschlussvereinbarung ausweislich Art. 6 CISG grundsätzlich in den Regelungsbereich des Übereinkommens fällt, sind in diesem Rahmen auch die allgemeinen Bestimmungen der Art. 8, 11 CISG sowie der Art. 14 ff. CISG anwendbar. Der differenzierenden Ansicht ist zwar zuzugeben, dass Art. 14 Abs. 1 S. 2 CISG den Kaufvertrag in den Blick nimmt, wenn er Ware und Preis als Kriterien für die Bestimmtheit eines Angebots nennt. Hierin liegt freilich eine bloße typisierte Bezeichnung der *essentialia negotii* des Kaufvertrags, die die Anwendung des Art. 14 ff. CISG auf selbstständige Abreden wie die Ausschlussvereinbarung im Sinne von Art. 6 CISG nicht ausschließt.

Selbst wenn man mit *Peter Huber* davon ausgeht, dass eine Auslegung der Regeln über den Vertragsschluss in Art. 14 ff. CISG zu dem Ergebnis führt, dass diese grundsätzlich nur den Kaufvertrag im engeren Sinne umfassen, stünde man

68. P. HUBER, in SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG (Hrsg.), *MünchKomm-BGB, CISG*, 7. Aufl. 2016, Art. 6, Rn. 4, 6.

69. Für einen Einschluss dieser Streitbelegungsklauseln, s. SCHROETER, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4th ed. 2016, Intro to Arts. 14-24, Rn. 18. – SCHWENZER/TEBEL, *Schieds-, Gerichts- und Rechtswahlklauseln unter dem CISG*, in MANKOWSKI/WURMNEST (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Magnus*, 2014, S. 319, 325. – Andere Ansicht DJORDJEVIC, in KRÖHL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 2nd ed. 2018, Art. 4, Rn. 33. – KÜLL, *Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application*, 25 *Journal of Law & Commerce* (2005-06), 39, 45. – MAGNUS, *Das UN-Kaufrecht: Fragen und Probleme seiner praktischen Bewährung*, ZEuP 1997, 823, 837 f. – SCHLECHTRIEM/WITZ, *Convention de Vienne*, 2008, n° 99.

beim Vertragsschluss hinsichtlich der Ausschlussvereinbarung vor einer Lücke innerhalb des Regelungsbereichs, die gemäß Art. 7 Abs. 2 CISG zu schließen wäre. Vor einem Rekurs auf das internationale Privatrecht des Forums, den Art. 7 Abs. 2 CISG nur als *ultima ratio* zulässt, müsste also im Wege der Analogie oder unter Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG versucht werden, die Lücke des Vertragsschlusses hinsichtlich der Ausschlussvereinbarung konventionsintern zu schließen. Der offensichtliche Weg zur Schließung dieser Lücke wäre eine analoge Anwendung der Art. 14 ff. CISG.⁷⁰

Eine Rechtswahl muss sich daher hinsichtlich ihrer Ausschlusswirkung im Sinne von Art. 6, CISG an den Art. 6, 8, 14 ff. CISG messen lassen.

2° Die Auswirkungen der Anwendbarkeit des CISG gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG bei einer Rechtswahl

Nach diesem Verständnis der Anwendung des Übereinkommens unterliegt für die Frage des Ausschlusses des CISG eine Rechtswahlklausel ohne Umweg über das internationale Privatrecht sowohl hinsichtlich ihrer Auslegung als auch hinsichtlich ihres Zustandekommens den Bestimmungen des CISG in Art. 8, 11, 14 ff. CISG. Diese Feststellung ist nicht bloß eine theoretische Spielerei, sondern führt zu einer international einheitlichen Auslegung des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 CISG. Dies sei hier anhand von drei Situationen verdeutlicht, nämlich einer Rechtswahl zugunsten eines Vertragsstaates (nachfolgend a)), eines Nichtvertragsstaates (nachfolgend b)) sowie einer Rechtswahl in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend c)).

a) Die Rechtswahl zugunsten eines Vertragsstaates

Keine Probleme bereitet die Rechtswahl zugunsten des Rechts eines Vertragsstaates. Da die Wahl der Rechtsordnung eines Vertragsstaates das CISG grundsätzlich einschließt, führt diese Rechtswahl sowohl über die Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG als auch über Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 3 Haager Übereinkommen von 1955 oder Art. 3 Abs. 5, Art. 10 Abs. 1 Rom-I-VO zu einer Anwendung des CISG auf das Zustandekommen der Rechtswahl. Auch ein Ausschlusswille im Sinne von Art. 6 CISG kann aus dieser Rechtswahl regelmäßig nicht abgeleitet werden, da das CISG gerade das Recht des Vertragsstaates für den internationalen Warenkauf darstellt.⁷¹

70. Für eine analoge Anwendung der Art. 14-24 CISG auf Verträge mit kaufrechtlichem Inhalt im weiteren Sinne SCHROETER, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 6. Aufl. 2013, Vor Art. 14-24 CISG, Rn. 41. – Cl. WITZ/HLAWON, in HERBERGER/MARTINEK/RÜBMANN u.a. (Hrsg.), *jurisPK-BGB, CISG*, 8. Aufl. 2017, Art. 14, Rn. 7.

71. CISG Advisory Council, Opinion 16 Exclusion of the CISG under Art. 6, Rapporteur: SPAGNOLO, Rule 4 (b) (i), Comment 4.2. – PAVIC/DJORDJEVIC, *The Scope and Sphere of Application of the CISG in the Balkans*, in STAMM (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Rießmann*, 2013, S. 887, 894 ff. – Cl. WITZ, *Les premières applications jurisprudentielle du droit uniforme de la vente internationale*, 1995, n° 28.

b) Die Rechtswahl zugunsten eines Nichtvertragsstaates

Der erste bedeutsame Fall ergibt sich, wenn die Parteien aus zwei Vertragsstaaten das Recht eines Nichtvertragsstaates wählen. So verhält es sich etwa im eingangs angeführten Beispiel eines deutsch-französischen Kaufvertrags und der Wahl des englischen Rechts. Geht man von einer Vorschaltung des internationalen Privatrechts im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG aus, kommt gemäß Art. 3 Abs. 1, Abs. 5, Art. 10 Abs. 1 Rom-I-VO oder gemäß Art. 2 Abs. 1, 3 des Haager Übereinkommen von 1955 das englische Recht zur Anwendung, ohne dass eine vorherige Anwendbarkeit des CISG möglich wäre. Zur Prüfung, ob das CISG gemäß Art. 6 CISG wirksam ausgeschlossen wurde, kommt man in der Folge nicht mehr. Hält man demgegenüber das CISG trotz der Rechtswahl grundsätzlich gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG für anwendbar, erlangt die Rechtswahl im Rahmen der Prüfung eines möglichen Ausschlusses gemäß Art. 6 CISG Bedeutung und ist in diesem Rahmen gemäß Art. 8 CISG auszulegen. Nur bei einem erfolgreichen Ausschluss gemäß Art. 6 CISG ist in einem zweiten Schritt nach dem Recht des Nichtvertragsstaates zu prüfen, ob die Rechtswahl wirksam ist.⁷²

c) Die Rechtswahl in allgemeinen Geschäftsbedingungen

Die dritte Konstellation betrifft eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Rechtswahl, die zur Nichtanwendung des CISG führt. Die Entscheidung, ob das CISG gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG anwendbar sein kann oder nur über Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG Anwendung finden kann, führt zu unterschiedlichen Anforderungen hinsichtlich der Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁷³ Enthalten etwa in einem deutsch-französischen Kaufvertrag die allgemeinen Geschäftsbedingungen des deutschen Verkäufers eine Bestimmung, dass auf den Vertrag das BGB und das HGB Anwendung finden sollen, so führt eine Vorschaltung des Kollisionsrechts gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG vor einem deutschen Gericht gemäß Art. 3 Abs. 5, Art. 10 Abs. 1 Rom-I-VO zur Anwendung des deutschen internen Rechts als von den Parteien gewähltes Rechts auf die Rechtswahlklausel.⁷⁴ Da nach dem internen deutschen Recht im unternehmerischen Verkehr ein Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Einbeziehung ausreicht, ohne dass eine Übermittlung notwendig ist, soweit sich der Vertragspartner in zumutbarer Weise Kenntnis verschaffen konnte,⁷⁵ kann der deutsche Verkäufer im Rahmen von Art. 3

72. FERRARI, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 6. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 16.
73. S. etwa den Fall des OLG Hamm, Urt. v. 19.5.2015, IHR 2016, 30-34, s. hierzu die Kritik bei CL. WITZ/HLAWON, in HERBERGER/MARTINEK/RÜBMANN u.a. (Hrsg.), *jurisPK-BGB, CISG*, 8. Aufl. 2017, Art. 14, Rn. 20.
74. SPELLENBERG, in SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG (Hrsg.), *MünchKomm-BGB, Rom-I-VO*, 7. Aufl. 2018, Art. 10, Rn. 187.
75. BASEDOW, in SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG (Hrsg.), *MünchKomm-BGB*, 7. Aufl. 2016, § 305, Rn. 95. – LAPP/SALOMON, in HERBERGER/MARTINEK/RÜBMANN u.a. (Hrsg.), *jurisPK-BGB*, 8. Aufl. 2017, § 305, Rn. 132. – SCHLOSSER, in STAUDINGER-BGB, [Neubearbeitung 2013], § 305, Rn. 157.

Abs. 5, Art. 10 Abs. 1 Rom-I-VO die allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne Übermittlung zum Vertragsgegenstand machen. Im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts erfordert jedenfalls nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,⁷⁶ der inzwischen einige andere Gerichte gefolgt sind⁷⁷ und die im Schrifttum einige Zustimmung erfahren hat,⁷⁸ dass der Verwender die allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Vertragspartner zur Verfügung stellt. Bei Anwendung von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG ist daher gemäß Art. 8, 14 ff. CISG für die Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen und mithin der Rechtswahl die Übermittlung oder das sonstige Zurverfügungstellen der Klausel Voraussetzung. Ohne eine solche Übermittlung fehlt es folglich an einer Einbeziehung der Geschäftsbedingungen, sodass ein Ausschluss des Übereinkommens scheitert und das Übereinkommen anwendbar bleibt.

Mit der Anwendung von Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG und den damit einhergehenden Rechtsfolgen ist indes nur der erste Schritt der Prüfung der Anwendbarkeit des CISG beschrieben. Wirkliche Geltung erlangt der in der Rechtswahl zum Ausdruck kommende Parteiwille erst im Rahmen eines möglichen Ausschlusses des Übereinkommens gemäß Art. 6 CISG.

II. – DIE ABBEDINGUNG DES ÜBEREINKOMMENS DURCH RECHTSWAHL GEMÄß ART. 6 CISG

Gemäß Art. 6 CISG können Parteien das CISG ausschließen oder von seinen Bestimmungen abweichen. Art. 6 CISG gilt als Grundpfeiler des Prinzips der Parteiautonomie im Übereinkommen.⁷⁹ Die Rechtswahl der Parteien entfaltet daher im Rahmen des Art. 6 CISG ihre Wirkung. Für einen Ausschluss im Sinne von Art. 6 CISG ist grundsätzlich ein tatsächlicher Ausschlusswille erforderlich (nachfolgend A.). Fraglich ist indes, ob auch für den Sonderfall der Rechtswahl eines Nichtvertragsstaates am Erfordernis der bewussten Abwahl festzuhalten ist (nachfolgend B.).

76. BGH, 31.10.2001, BGHZ 149, 113, 117, CISG-online Nr. 617.
77. Obergericht Bern, 19.5.2008, CISG-online Nr. 1738. – OLG München, 14.1.2009, IHR 2009, 201, 204, CISG-online Nr. 2011. – Gerichtshof Den Haag, 22.4.2014, CISG-online Nr. 2515. – OLG Hamm, 19.5.2015, IHR 2016, 30, 34, CISG-online Nr. 2615.
78. CISG Advisory Council, Opinion 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG, Rapporteur: EISELBN, Comment 2.2 ff. – GRUBER, in SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG (Hrsg.), *MünchKomm-BGB, CISG*, 7. Aufl. 2016, Art. 14, Rn. 29. – JANSSEN, *Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbeziehungen in internationale Kaufverträge und die Bedeutung der UNIDROIT- und der Lando-Principles*, IHR 2004, 194, 199 f. – MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 14, Rn. 41. – CL. WITZ/HLAWON, in HERBERGER/MARTINEK/RÜBMANN u.a. (Hrsg.), *jurisPK-BGB, CISG*, 8. Aufl. 2017, Art. 14, Rn. 67.
79. MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, CISG, [Neubearbeitung 2018], Art. 6, Rn. 1. – SCHWENZER/HACHEM, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4th ed. 2016, Art. 6, Rn. 8.

A. – Der Grundsatz der bewussten Abwahl des Übereinkommens

Gemäß Art. 6 CISG können die Parteien die Anwendung des Übereinkommens ausschließen. Ein solcher Ausschluss kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.⁸⁰ Voraussetzung für eine solche Ausschlussvereinbarung im Sinne von Art. 6 CISG ist allerdings, dass sich durch Auslegung der Parteivereinbarung gemäß Art. 8 CISG ein tatsächlicher Ausschlusswille feststellen lässt.⁸¹ Dabei gilt auch im Rahmen des Art. 6 CISG, dass der wirkliche Wille der Parteien gemäß Art. 8 Abs. 1 CISG einer Auslegung aus Sicht eines vernünftigen Dritten gemäß Art. 8 Abs. 2 CISG vorgeht.⁸² Da allerdings der wirkliche Wille der Parteien regelmäßig nicht in einer dem Art. 8 Abs. 1 CISG genügenden Form erklärt wurde oder nicht mehr feststellbar ist, steht zumeist das Verständnis eines vernünftigen Dritten im Sinne von Art. 8 Abs. 2 CISG im Zentrum der Debatte.⁸³ Es fehlt folglich nicht an Rechtsprechung und Literatur zur Frage, unter welchen Voraussetzungen gemäß Art. 8 Abs. 2 CISG auf einen Ausschlusswillen der Parteien im Sinne von Art. 6 CISG geschlossen werden kann.⁸⁴ Einigkeit besteht weitgehend, dass die uneingeschränkte Wahl des Rechts eines Vertragsstaates in der Regel keinen Ausschluss der Konvention bedeutet.⁸⁵ Umgekehrt wird regelmäßig angenommen, dass die Wahl des Rechts eines Nichtvertragsstaates als Ausschluss des Übereinkommens gemäß Art. 6 CISG zu verstehen ist.⁸⁶

Vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit hat indes die Frage erfahren, ob die Parteien das UN-Kaufrecht gemäß Art. 6 CISG unbewusst oder irrtümlich ausschließen können.⁸⁷ Angesprochen sind hiermit Fälle, in denen die Parteien sich der Existenz des CISG nicht bewusst waren oder dieses irrtümlich von vornherein nicht für anwendbar hielten. Diese Frage stellt sich im eingangs gebildeten Beispielfall, da die Parteien zwar englisches Recht wählen, dies allerdings ausdrücklich nicht, um das Übereinkommen auszuschließen, sondern um die Anwendung des BGB und HGB zu umgehen. Es handelt sich also um den seltenen Fall, dass der gemeinsame Wille der Parteien gemäß Art. 8 Abs. 1 CISG feststeht: Die Parteien wollten zwar englisches Recht wählen, nicht aber das UN-Kaufrecht ausschließen. Die Frage ist nun, welche Rechtsfolge sich für diese Situation aus Art. 6 CISG ergibt.

Da Art. 6 CISG eine Ausschlussvereinbarung voraussetzt, wird nahezu einhellig angenommen, dass grundsätzlich auch ein tatsächlicher Ausschlusswille der Parteien vorliegen muss.⁸⁸ Hierdurch soll insbesondere ausgeschlossen werden, dass Gerichte den Ausschluss mit einem hypothetischen Parteiwillen begründen. Daraus wird gefolgert, dass den Parteien zumindest die Möglichkeit der Anwendung des CISG oder sonstigen Einheitsrechts bewusst gewesen sein muss.⁸⁹ Ein Ausschlusswille muss dann scheitern, wenn die Parteien irrig annehmen, das CISG finde ohnehin keine Anwendung, oder sich der Existenz des Einheitsrechts nicht bewusst sind.⁹⁰ Dies ist auch deshalb sinnvoll, da die Parteien nach richterlichem Hinweis das UN-Kaufrecht auch im Prozess noch durch Vereinbarung ausschließen können.⁹¹ Nach diesem Verständnis wäre ein Ausschlusswille gemäß Art. 6 CISG im eingangs gebildeten Beispiel abzulehnen, da die Parteien zwar englisches Recht gewählt haben, ohne allerdings einen auf den Ausschluss des Einheitsrechts gerichteten Willen im Sinne von Art. 6 CISG bilden zu können. Diese Lösung erscheint im Grundsatz überzeugend, denn sie stimmt sowohl mit dem Wortlaut des Art. 6 CISG, der den Ausschluss durch die Parteien fordert, als auch mit der Absicht der Verfasser überein, hohe Anforderungen an den Ausschluss des Übereinkommens zu stellen.⁹² Den Parteien steht es darüber hinaus offen, sich nach Hinweis auf die Nichtanwendung des Übereinkommens zu einigen. Misst man die Rechtswahl der Parteien in unserem Beispiel an

80. CISG Advisory Council, Opinion 16 Exclusion of the CISG under Art. 6, Rapporteur: SPANOLO, *Comment* 3.7. – SCHLECHTRIEM/WITZ, *Convention de Vienne*, 2008, n° 26. – SCHWENZER/HACHEM, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4th ed. 2016, Art. 6, Rn. 3.
81. FERRARI, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 6. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 18. – MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, *CISG, (Neubearbeitung 2018)*, Art. 6, Rn. 20. – Cl. WITZ/HAWON, *Der neueste Beitrag der französischen Cour de cassation zur Auslegung des CISG (2007-2010)*, IHR 2011, 93, 94 f.
82. MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, *CISG, (Neubearbeitung 2018)*, Art. 8, Rn. 16. – SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6. Aufl. 2016, Rn. 52. – DOKTER, *Interpretation of exclusion clauses of the Vienna Sales Convention*, *RabelsZ* 68 (2004), 430, 434, der zwar Abs. 1 als „decisive“ bezeichnet, Abs. 2 hingegen für die „main rule“ hält.
83. DOKTER, *Interpretation of exclusion clauses of the Vienna Sales Convention*, *RabelsZ* 68 (2004), 430, 434. – SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6. Aufl. 2016, Rn. 52.
84. UNCTRAL Digest, 2016, Art. 6, n° 9 ff.; CISG Advisory Council, Opinion 16 Exclusion of the CISG under Art. 6, Rapporteur: SPANOLO, Rule 4.
85. CISG Advisory Council, Opinion 16 Exclusion of the CISG under Art. 6, Rapporteur: SPANOLO, Rule 4 (b) (i). – PAVIC/DJORDJEVIC, *The Scope and Sphere of Application of the CISG in the Balkans*, in STAMM (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Rüßmann*, 2013, S. 887, 894 ff. – Cl. WITZ, *Les premières applications jurisprudentielle du droit uniforme de la vente internationale*, 1995, n° 28.
86. CISG Advisory Council, Opinion 16 Exclusion of the CISG under Art. 6, Rapporteur: SPANOLO, Rule 4 (a) (ii). – MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, *CISG, (Neubearbeitung 2018)*, Art. 6, Rn. 23. – SCHLECHTRIEM/WITZ, *Convention de Vienne*, 2008, n° 29. – SCHWENZER/HACHEM, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Commentary*, 4th ed. 2016, Art. 6, Rn. 12.

87. S. etwa SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6. Aufl. 2016, Rn. 49, ausführlich zum unbewussten Ausschluss M. F. KÖHLER, *Das UN-Kaufrecht und sein Anwendungsausschluss*, 2007, S. 181 ff.
88. MAGNUS, in STAUDINGER-BGB, *CISG, (Neubearbeitung 2018)*, Art. 6, Rn. 20. – SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6. Aufl. 2016, Rn. 49.
89. M. F. KÖHLER, *Das UN-Kaufrecht und sein Anwendungsausschluss*, 2007, S. 181 ff. – SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6. Aufl. 2016, Rn. 49.
90. M. F. KÖHLER, *Das UN-Kaufrecht und sein Anwendungsausschluss*, 2007, S. 181 ff. – SCHLECHTRIEM/SCHROETER, *Internationales UN-Kaufrecht*, 6. Aufl. 2016, Rn. 49.
91. Cl. WITZ/HAWON, *Der neueste Beitrag der französischen Cour de cassation zur Auslegung des CISG (2007-2010)*, IHR 2011, 93, 94 f.
92. Official Records, S. 249 ff.

diesem Maßstab, scheitert der Ausschluss des UN-Kaufrechts mangels Ausschlussbewusstsein gemäß Art. 6 CISG. Dieses Ergebnis erstaunt, führt es doch zu einer Missachtung der ausdrücklichen und grundsätzlich wirksamen Rechtswahl der Parteien.

B. – Die Unvereinbarkeit von Rechtswahl und Art. 6 CISG?

Fraglich ist daher, wie der angesprochene Konflikt zwischen der Rechtswahl zugunsten des Rechts eines Nichtvertragsstaates und dem fehlenden Ausschlussbewusstsein gemäß Art. 6 CISG aufzulösen ist. Hier endet die gemeinsame Arbeit der Verfasser. Sie können sich nicht zu einer gemeinsamen Lösung durchringen. *Rießmann* möchte es bei der entwickelten Lösung belassen. Für ihn scheitert der Ausschluss des über Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG anwendbaren UN-Kaufrechts am fehlenden Ausschlussbewusstsein der Parteien der Rechtswahlvereinbarung. Das CISG beherrscht den Kaufvertrag. Für die Anwendung englischen Rechts bleibt nur Raum im Rahmen des Art. 7 Abs. 2 CISG für Fragen, die das CISG weder unmittelbar regelt noch einschlägige Grundsätze anbietet. *Köhler* möchte dagegen zu einer Korrektur der entwickelten Lösung greifen und englisches Recht aufgrund des Vorrangs der Parteiautonomie auf das gesamte Vertragswerk zur Anwendung kommen lassen. Er begründet das wie folgt:

Auch wenn grundsätzlich ein Ausschlussbewusstsein im Rahmen des Art. 6 CISG zu verlangen ist, erscheint die Missachtung einer ausdrücklichen Rechtswahl mit den allgemeinen Grundsätzen des CISG kaum vereinbar. Das Ergebnis ist im Lichte des allgemeinen Grundsatzes der Parteiautonomie zu korrigieren.

Zunächst ist der hier besprochene Fall von einer nur scheinbar ähnlichen Konstellation zu unterscheiden, nämlich des Prozessvortrags beider Parteien aufgrund des unvereinheitlichten nationalen Rechts, etwa des BGB oder des *Code civil*. In solchen Fällen wird für einen Ausschluss gemäß Art. 6 CISG ebenfalls zu Recht ein Bewusstsein hinsichtlich der Anwendbarkeit des CISG gefordert.⁹³ Der Unterschied zur vorliegenden Konstellation besteht indes darin, dass die Parteien davon ausgehen, das unvereinheitlichte Recht sei ohnehin anwendbar. Sie stützen sich im Prozess auf das unvereinheitlichte Recht, weil sie es für anwendbar halten und nicht um seine Anwendbarkeit zu begründen. Es fehlt ihnen daher nicht nur das Bewusstsein der Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts, sondern überhaupt das Bewusstsein durch ihr Prozessverhalten eine für das anwendbare Recht erhebliche Erklärung abzugeben.⁹⁴ Im Gegensatz hierzu wollen die Parteien mit der Rechts-

93. Cass. com., 3 nov. 2009, n° 08-12399, CISG-France, Ann. Cl. WITZ, 12. 2010, 921 ff. – Cl. WITZ/HILAWON, *Der neueste Beitrag der französischen Cour de cassation zur Auslegung des CISG (2007-2010)*, IHR 2011, 93, 94 f. – S. auch CISG Advisory Council, Opinion 16 Exclusion of the CISG under Art. 6, Rapporteur: SPAGNOLO, Comment 5.14, e.

94. OLG Stuttgart, 31.3.2008, CISG-online n° 1658. – FERRARI, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.) *CISG, Kommentar*, 6. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 25.

wahl zugunsten des englischen Rechts zweifellos die Rechtsfolge setzen, das auf den Kaufvertrag das englische Kaufrecht anzuwenden sei. Während in diesem Fall ein rechtserhebliche Einigung daher vorliegt, der lediglich ein Fehler auf der Motivebene vorausgeht, fehlt es in jenem Fall gerade an einem Erklärungsbewusstsein hinsichtlich des anwendbaren Rechts.

Im Falle der hier besprochenen Rechtswahl muss daher der Konflikt zwischen der tatsächlichen Einigung der Parteien und dem Erfordernis des Ausschlussbewusstseins gemäß Art. 6 CISG aufgelöst werden.⁹⁵ Zum ULIS hat der Bundesgerichtshof in einem vergleichbaren Fall entschieden, dass ein Ausschlusswille der Parteien jedenfalls dann nicht erforderlich ist, wenn die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben, die zugleich zwingend die Nichtanwendung des Einheitsrechts zur Folge hat.⁹⁶ Auf eine eingehende Begründung dieses Ergebnisses hat der Bundesgerichtshof indes verzichtet.⁹⁷ Um eine Nichtanwendung des Einheitsrechts zu begründen, wurde im Anschluss an dieses Urteil etwa vorgeschlagen, dass die Parteien zwar keinen Ausschlusswillen im Sinne von Art. 6 CISG hätten, das gewählte Recht aber an Stelle der Parteien eine Abwahlentscheidung treffe, da das CISG nicht Teil der gewählten Rechtsordnung sei.⁹⁸ Dies beseitigt im Ergebnis zwar einen Widerspruch zwischen Art. 6 CISG und Rechtswahl der Parteien, allerdings bleibt offen, warum es entgegen dem Grundsatz in Art. 6 CISG anstelle des Parteiwillens selbst auf eine Entscheidung des gewählten Rechts ankommen soll.

Es erscheint überzeugender, die Nichtanwendung des UN-Kaufrechts aus dem Übereinkommen selbst herzuleiten. Insbesondere der allgemeine Grundsatz der Parteiautonomie bietet sich hierfür an.⁹⁹ Eine Anwendung des Übereinkommens trotz der ausdrücklichen Rechtswahl zugunsten eines Nichtvertragsstaates würde eine Verletzung des Grundsatzes der Parteiautonomie bedeuten. Die Parteien haben zwar nicht das UN-Kaufrecht bewusst ausgeschlossen, sich allerdings nach den Regeln der Art. 8, 14 ff. CISG darüber geeinigt, dass englisches Vertragsrecht auf den Vertrag Anwendung finden soll. Der Rechtswahl fehlt damit zwar der negative Gehalt hinsichtlich der Nichtanwendung des UN-Kaufrechts im Sinne von Art. 6 CISG. Sie enthält jedoch einen überschießenden positiven Inhalt hinsichtlich der Anwendung des englischen Vertragsrechts, der mit einer uneingeschränkten Anwendung des CISG unvereinbar ist. Da nicht gleichzeitig

95. M. F. KÖHLER, *Das UN-Kaufrecht (CISG) und sein Anwendungsausschluss*, 2007, S. 187 f.; im Ergebnis ebenso, allerdings mit Verweis auf den eindeutigen Wortlaut der Rechtswahlklausel, LORENZ, in W. WITZ/SALZER/LORENZ (Hrsg.), *International Einheitliches Kaufrecht*, 2. Aufl. 2016, Art. 6, Rn. 8.

96. BGH, 26.11.1981, NJW 1981, 1156; zustimmend PILTZ, *Zum Ausschluß des Haager Einheitlichen Kaufrechts durch Rechtswahlklauseln*, NJW 1986, 1405, 1406.

97. BGH, 26.11.1981, NJW 1981, 1156.

98. M. F. KÖHLER, *Das UN-Kaufrecht (CISG) und sein Anwendungsausschluss*, 2007, S. 188 f.

99. S. zu diesem Grundsatz FERRARI, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (Hrsg.), *CISG, Kommentar*, 6. Aufl. 2013, Art. 7, Rn. 48. – GRUBER, in SÄCKER/RIXECKER/OETIKER/LIMPERG (Hrsg.), *MünchKomm-BGB, CISG*, 7. Aufl. 2016, Art. 7, Rn. 9.

das CISG und das Recht eines Nichtvertragsstaats anwendbar sein können, ist der Konflikt zwischen Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts gemäß Art. 1 Abs. 1, Art. 6 CISG einerseits und der Vereinbarung zugunsten des englischen Rechts andererseits zu entscheiden. Es entspricht eher dem das UN-Kaufrecht beherrschenden Grundsatz der Parteiautonomie, dem positiven Inhalt der Parteivereinbarung den Vorrang zu gewähren, als auf einer strikten Anwendung des Art. 6 CISG zu bestehen. Der staatliche Richter verletzt damit auch nicht seine Pflicht, das Übereinkommen anzuwenden, denn die Nichtanwendung des Übereinkommens folgt aus der Auslegung des UN-Kaufrecht selbst im Lichte eines allgemeinen Grundsatzes des Übereinkommens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 CISG.

Im Ergebnis ist daher trotz fehlendem Ausschlusswillen das englische Recht auf den Kaufvertrag anzuwenden.

GEMEINSAME SCHLUSSBEMERKUNG

Welcher Auffassung zu folgen ist, mag der Jubilar entscheiden. Ihm weisen wir die Schiedsrichterrolle zu.

Résumé

Il est évident qu'une convention internationale telle que la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) se prononce sur son champ d'application. Le juge doit savoir quand il devra appliquer la Convention. Il trouvera l'article 1^{er} de la Convention qui dispose qu'elle s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents : *a*) lorsque ces États sont des États contractants ; ou *b*) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant. La norme présente donc deux voies pour arriver à l'application de la Convention sans préciser leur rapport entre elles. La question de la hiérarchie de ces deux voies se pose notamment lorsque les parties ont choisi la loi d'un État non contractant. Selon les auteurs, la lettre *a*) prévaut sur la lettre *b*), également en présence d'une clause d'*electio juris*. La volonté des parties exprimée dans la clause sera prise en compte dans la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention. Or, un problème difficile se pose si les parties ont choisi la loi d'un État non contractant en ignorant l'existence de la Convention. Les auteurs se trouvent en désaccord sur la portée d'un tel choix. Ils invitent Claude Witz à décider leur différend comme arbitre.