zB ein österr Verbraucher in Frankreich einen TS-Vertrag über den Erwerb eines Nutzungsrechts an einer in Spanien gelegenen Teilzeitnutzungsanlage ab, ist nach dieser Verweisungsnorm spanisches Recht auf den Vertrag anzuwenden.

§ 11 Abs 1 S 1 TNG gilt aber gem S 2 leg cit nicht, wenn auf Grund der Rechtswahl der Parteien oder sonstiger Regeln des IPR ohnedies das Recht eines Vertragsstaates des EWR-Abk anzuwenden ist. Gar nicht erfaßt von § 11 Abs 1 TNG, weil außerhalb des Geltungsbereiches der TS-RL, und damit ungeregelt ist der (zB im Rahmen des „mittelbaren" TS vorkommende) Fall, daß sich keines der Nutzungsobjekte in einem Vertragsstaate des EWR-Abk befindet. Ist die Verweisung nicht eindeutig dh führt sie zu den Rechten mehrerer Vertragsstaaten des EWR-Abk, weil sich der Vertrag auf Objekte in verschiedenen EWR-Staaten bezieht, ist nach dem Grundsatz der engsten Beziehung (§ 1 IPRG, Art 4 Abs 1 EVÜ) das Recht des EWR-Staates anzuwenden, zu dem der Sachverhalt die engste Beziehung hat[73]).

§ 11 Abs 2 TNG setzt wiederum die – nicht allzu oft zu gewärtigende – Unternehmeraktivität im Inland voraus bzw stellt auf eine Nahebeziehung zum österr Recht ab (§ 41 Abs 1 IPRG, § 1 Abs 1 S 1 TNG). In diesem Fall hat der Erwerber – unbeschadet des sonst auf den Vertrag anzuwendenden Rechts – jedenfalls die Rechte nach §§ 6, 7 Abs 2, §§ 8, 9 TNG. Es handelt sich um eine Eingriffsnorm iS des Art 7 Abs 2 EVÜ dh um eine auf das Privatrecht einwirkende, durch öffentliche Interessen motivierte staatliche Lenkungsmaßnahme in Form einer Zwangsnorm[74]).

IV. Ergebnis und Ausblick

Die Umsetzung der TS-RL durch das TNG kann insgesamt als gelungen und damit als geeignet angesehen werden, die bisher in der Praxis aufgetretenen Benachteiligungen der Erwerber einzudämmen. Das gilt insb für die über die Vorgaben der TS-RL hinausgehenden Bestimmungen betreffend die Informationspflichten und das Rücktrittsrecht, aber auch für die (fakultativen) genuin österr grundbücherlichen Sicherungsmöglichkeiten des § 10 TNG. Offen bleiben allerdings zahlreiche Fragen der Vertragsgestaltung, etwa hinsichtlich der Tauschpool-Bedingungen, der Kündigungsmöglichkeiten, der Beteiligung der Erwerber am wirtschaftlichen Wert der Immobilie[75]) oder der Sittenwidrigkeit zB wegen einer Unverhältnismäßigkeit zwischen Preis und Leistung des angebotenen Nutzungsrechts[76]). Inwieweit das TNG Anbietern und Verbrauchern gleichermaßen ein effektives und interessengerechtes Vertragsinstrument zur Verfügung stellt, wird daher ua auch vom Ausmaß abhängen, in dem dessen Intentionen und Optionen – in qualitativer wie quantitativer Hinsicht – in die privatrechtliche Ausgestaltung der Teilzeitnutzungsverträge Eingang finden werden.

[73]) EB RV 574 BlgNR XX. GP, 33.

[74]) EB RV 574 BlgNR XX. GP, 34; ablehnend gegenüber § 11 Abs 2 *Heiss/Rudisch,* ecolex 1997, 242; zur „Eingriffsnorm" s statt vieler *Schwimann* in Rummel ABGB II² Rz 20 vor § 1 sowie Rz 8 ff vor § 35 IPRG.

[75]) Übersichtlich *Tönnes,* RIW 1996, 132 ff mwN.

[76]) S dazu die einschlägige dRsp (zB BGH NJW 1994, 1344 mit krit Anm *Hildenbrand* aaO 1992 ff), auf die *Heinrichs* in Palandt BGB[56] (1997) Rz 100 z § 138 verweist.

UN-Kaufrecht: Gestaltungsmöglichkeiten in der Vertragspraxis durch nachträgliche Rechtswahl

von Mag. Dr. **Dietmar Czernich,** LL.M., Wien/Innsbruck

I. Einleitung
II. Vergleich ABGB/HGB – UN-KaufR
1. Schadenersatz
2. Mängelrüge
3. Abnahmepflicht
4. Zahlungsort
III. Zwischenergebnis
IV. Zur Zulässigkeit der nachträglichen einseitigen Rechtswahl
1. Bei frei ausverhandelten Verträgen
2. Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen
V. Ergebnis

I. Einleitung

Das seit 1989 in Österreich in Geltung stehende UN-KaufR[1]) fristet in der Rechtspraxis weiterhin ein eher karges Dasein, was von *Karollus*[2]) bereits vor einigen Jahren festgestellt wurde, ohne daß sich seitdem Wesentliches geändert hat. Die Ursache für die mangelnde Bedeutung dürfte in zweierlei liegen: Zum einen wird die Anwendbarkeit des UN-KaufR in vielen Fällen schlicht übersehen[3]), zum anderen wird es vielfach reflexartig abbedungen, ohne daß sich die Vertragsverfasser über die Vor- und Nachteile des UN-KaufR im Einzelfall Gedanken gemacht haben.

Das „Übersehen" der Anwendbarkeit des UN-KaufR, insbesondere durch die Gerichte, ist bedauerlich, wenn man bedenkt, daß die Anzahl der Staaten, die dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf beigetreten sind, mittlerweile beachtlich hoch ist und die wichtigsten Handelspartner Österreichs umfaßt[4]). So unterliegt etwa abseits einer entgegengesetzten Rechtswahl jeder deutsch-österreichische oder italienisch-österreichische Kaufvertrag, um nur die beiden wichtigsten Handelspartner zu nennen, dem UN-KaufR. Weiters ist zu bedenken, daß wegen der von Art 1 Abs 1 lit b UN-KaufR normierten Vorschaltlösung das UN-KaufR auch dann zur Anwendung kommt, wenn das IPR des forums auf das Recht eines Vertragsstaates verweist, selbst wenn nicht beide Vertragsparteien des Kaufvertrags ihren Sitz in einem Vertragsstaat haben[5]). Konkret zieht dies die Rechtsfolge nach sich, daß **jeder Kaufvertrag,** den ein österreichischer Exporteur abschließt, dem UN-KaufR unterliegt (soweit keine gegenteilige Rechtswahl getroffen wurde), weil bei österreichischem forum § 36 IPR-G beim Kaufvertrag auf das Recht am Sitz des Verkäufers verweist[6]) und wegen Art 1 Abs 1 lit b UN-KaufR eben dieses und nicht das ABGB/HGB zur Anwendung kommt. Und schließlich ist noch zu bedenken, daß selbst eine Rechtswahl zugunsten österreichischen Rechts in der Regel[7]) zur Anwendbarkeit des UN-KaufR führt, weil dieses eben auch Bestandteil des österreichischen Rechts ist und als lex specialis dem ABGB/HGB vorgeht[8]). Auch die nachträgliche Rechtswahl zugunsten österreichischen Rechts im Prozeß führt bei Kaufverträgen zum UN-KaufR[9]). Aus diesen Erwägungen geht hervor, daß ein sehr großer Teil aller internationalen Kaufverträge mit österreichischen Parteien dem UN-KaufR unterstehen, selbst wenn sich die Parteien dieser Tatsache oft nicht bewußt sind[10]).

Auch wenn die Parteien vor dem Vertragsschluß die potentielle Anwendbarkeit des UN-KaufR erkennen, bedingen sie dies in der Regel auch dann ab, wenn sie die Möglichkeit zur Durchsetzung ihres eigenen Rechts haben, ohne sich konkrete Gedanken über die Vor- und Nachteile des UN-KaufR im konkreten Fall zu machen. Die starke Tendenz, dem HGB/ABGB generell den Vorzug zu geben, beruht sicher zum größten Teil auf einer gewissen Unsicherheit, sich auf das unbekannte Terrain des UN-KaufR zu begeben. Tatsächlich ist das UN-KaufR eine Symbiose des Kaufrechts vieler Staaten der Welt[11]) und enthält dabei Regelungen, die von den entsprechenden des HGB/ABGB oft nicht unerheblich abweichen. Die Abweichungen ergeben sich naturgemäß dort, wo das UN-KaufR Rechtsgedanken anderer Rechtskreise, insbesonderer derer des common-law, den Vorrang vor Auffassungen des deutschen oder romanischen Rechtskreises einräumt. Ob nun die Regelungen des UN-KaufR denen des ABGB/HGB an sich überlegen sind, steht hier nicht zur Debatte[12]), wenngleich – schon allein aufgrund eines Altersvergleichs – vieles für das UN-KaufR spricht. Tatsache ist jedoch, daß viele Regelungen des UN-KaufR im Vergleich zum HGB/ABGB entweder den Käufer oder Verkäufer besser stellen, abhängig vom jeweiligen Sachverhalt. Die nachfolgende Darstellung möchte – ganz ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige Unterschiede herausgreifen, die in der Vertragspraxis häufig Bedeutung erlangen.

II. Vergleich ABGB/HGB – UN-KaufR[13])

1. Schadenersatz

Das österreichische Recht steht im Kaufrecht auf dem Boden der Verschuldenshaftung, die durch die von § 1298 ABGB normierte Beweislast-

[1]) BGBl 96/1988.

[2]) *Karollus,* Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht, RdW 1994, 386.

[3]) Vgl unter vielen jüngst zB BGHS 27. 1. 1997 3 C 2345/96.

[4]) Mit Stand 1. 5. 1997 haben folgende Staaten das Übereinkommen ratifiziert: Ägypten, Australien, Belgien, Bosnien-Herzegovina, Bulgarien, VR China, Dänemark, Deutschland, Ecuador, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Guinea, Irak, Italien, Jugoslawien (Serbien und Montenegro), Kanada, Kuba, Lesotho, Litauen, Mexiko, Moldavien, Neuseeland, Niederlande, Norwegen, Polen, Rumänien, Russische Föderation, Sambia, Schweden, Schweiz, Singapur, Slowakei, Slowenien, Spanien, Syrien, Tschechische Republik, Uganda, Ukraine, Ungarn, Vereinigte Staaten von Amerika, Usbekistan und Weißrußland.

[5]) Theoretisch ist auch denkbar, daß das UN-KaufR über seinen Art 1 Abs 1 lit b auch dann zur Anwendung kommt, wenn keine der Parteien ihren Sitz in einem Vertragsstaat hat: Knüpft das IPR des forums nämlich etwa an den Vertragsabschlußort an und verweist auf das Recht des Staates, in dem dieser liegt, so kommt das UN-KaufR zur Anwendung, wenn dieser Staat das UN-KaufR ratifiziert hat.

[6]) *Schwimann* in *Rummel* ABGB² Rz 1a zu § 36 IPRG.

[7]) Nach *Karollus,* UN-Kaufrecht, 38 und *derselbe,* UN-Kaufrecht: Hinweise für die Vertragspraxis, JBl 1993, 23, 27 soll dagegen die Rechtswahl nicht als Vehikel zur vermehrten Anwendung des Einheitsrechts verwendet werden, sondern richtigerweise sollte das gewählte Recht nach dem wahren Willen der Parteien (§ 914 ABGB) ermittelt werden; vgl auch die E des Tribunale di Monza (Foro Italiano (1994) I, col. 916), das bei der Wahl italienischen Rechts den Codice Civile und nicht das UN-KaufR zur Anwendung brachte.

[8]) BGH EuGRZ 1992, 518, 520; so auch *Bonell/Liguori,* The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law, ULR/RDU 1996, 147, 156; vgl auch Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, RiW 1995, 590.

[9]) OLG Köln IPRax 1995, 393 = RIW 1994, 972.

[10]) Der Vollständigkeit halber ist noch zu erwähnen, daß das UN-KaufR die Basis für die Überarbeitung des Schuldrechts des BGB bildet. Da eine grundlegende Novellierung des BGB auch für das österreichische Schuldrecht zumindest mittelfristige Konsequenzen haben dürfte, ist damit zu rechnen, daß das UN-KaufR auch für rein innerösterreichische Sachverhalte Bedeutung erlangen wird.

[11]) *Staudinger-Magnus* CISG VII.

[12]) Siehe dazu *Karollus,* UN-Kaufrecht: Hinweise für die Vertragspraxis, JBl 1993, 23.

[13]) Das UN-KaufR ist nach seinem Art 2 lit a nicht auf Käufe anwendbar, die zum persönlichen Gebrauch erfolgen. In aller Regel tritt das UN-KaufR daher bei Verträgen mit Konsumenten zurück (dazu näher *Hoyer* in *Hoyer/Posch,* Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, 38). Im folgenden soll daher davon ausgegangen werden, daß es sich bei den die Beispiele tragenden Fällen um Käufe im unternehmerischen Bereich handelt.

umkehr und den von § 347 HGB angehobenen Sorgfaltsmaßstab etwas abgeschwächt wird. Das UN-KaufR geht dagegen, in starker Anlehnung an das common-law[14]), von der Garantiehaftung aus: Der nicht vertragsgemäß erfüllende Teil haftet gemäß Art 74 UN-KaufR dem anderen Vertragsteil für den verursachten Schaden, gleich ob ihn daran ein Verschulden trifft. Nur im Falle eines Ereignisses außerhalb seines Herrschaftsbereiches, das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbar war, kann er die Schadenshaftung abwenden, was ihm allerdings nur in Ausnahmefällen gelingen dürfte[15]). Insbesondere haftet der Verkäufer beim Gattungskauf für das Beschaffungsrisiko, dh er hat selbst dann für den Schaden einzustehen[16]), wenn das kausale Ereignis dafür in der Sphäre seines Vormanns liegt und auch diesen kein Verschulden trifft[17]). Ob der Verkäufer im österreichischen Recht nach § 1313a ABGB iVm § 347 Abs 2 HGB für seinen Vormann haftet, wenn dieser keinen Weisungen unterliegt, ist zumindest kontroversiell[18]). Selbst wenn man die Haftung des Verkäufers für seinen weisungsfreien Lieferanten bejaht, ist die Haftung auf den Vertrauensschaden beschränkt, wenn die Leistung des Zulieferers zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit dem Käufer bereits unmöglich war[19]). Der Verkäufer haftet überhaupt nicht, wenn seinen Vormann kein Verschulden trifft.

Neben der wesentlich erleicherten Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs durch den Wegfall des Verschuldenselements ist das UN-KaufR im Vergleich zum österreichischen Recht auch großzügiger, was den Umfang des Anspruchs anbetrifft. Während das ABGB mit seinem gegliederten Schadensbegriff aufwendig differenziert – wenngleich dies durch die Beweislastumkehr in der Praxis keine allzu große Rolle spielt –, geht das UN-KaufR ganz pauschal vom Grundsatz der Totalreparation aus: Der Geschädigte ist in allen Belangen so zu stellen, als ob der andere Vertragsteil vertragsgemäß erfüllt hätte[20]). Deshalb sind nach UN-KaufR auch manche Schäden liquidierbar, für die nach ABGB/HGB kein Ersatz zu leisten wäre. So sind insbesondere sog. vorprozessuale Kosten wie die Beauftragung eines Sachverständigen zur Schadensfeststellung[21]) oder die Beauftragung eines Rechtsanwalts zur außergerichtlichen Rechtsdurchsetzung[22]) ersatzfähig. Weiters sind nach dem UN-KaufR auch Schäden zu ersetzen, die sich außerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs verwirklicht haben. Das UN-KaufR zieht die Zuordnungsgrenze weiter als das ABGB, indem es nur jenen (Teil-)Schaden von der Ersatzfähigkeit ausschließt, der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für den Schädiger nicht vorhersehbar war. Somit sind Mangelfolgeschäden, soweit sie vorhersehbar waren, nach UN-KaufR auch dann zu ersetzen, wenn der Schädiger nicht in die Rechte des Geschädigten eingriff, die außerhalb des Vertragszwecks standen. Kurz zusammengefaßt läßt sich also sagen, daß das UN-KaufR den vertragstreuen Teil eines Kaufvertrags generell – zum Teil wesentlich – besser stellt als das ABGB.

2. Mängelrüge

Die Mängelrügeobliegenheit ist im UN-KaufR (Art 39) anders ausgestaltet als im HGB. Zum ersten besteht die Obliegenheit zur Mängelrüge auch bei einer nicht genehmigungsfähigen aliud-Lieferung, dh selbst wenn die Ware gänzlich von der geschuldeten Ware abweicht, hat der Käufer dies zu rügen[23]), während nach § 378 HGB bei Lieferung eines nicht genehmigungsfähigen aliud die Rügepflicht bekanntlich entfällt. Weiters hat der Käufer nach UN-KaufR auch Rechtsmängel zu rügen, während § 377 HGB ihn von dieser Obliegenheit befreit[24]).

Auch in der Frage, welches Verhalten des Verkäufers den Käufer von der Rügeobliegenheit befreit, unterscheiden sich UN-KaufR und HGB. Nach § 377 Abs 5 HGB ist der Käufer von der Mängelrüge nur dann befreit, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, während nach Art 40 UN-KaufR der Verkäufer sich dann nicht auf die unterlassene Mängelrüge des Käufers berufen kann, wenn er über den Mangel nicht in Unkenntnis sein konnte. Das ist in der Regel immer dann der Fall, wenn er grob fahrlässig wußte, daß die Ware nicht vertragsgemäß sein könnte[25]). In diesem Fall behält der Käufer seine Rechtsbehelfe selbst dann, wenn er die Rügeobliegenheit verletzt hat.

Auch in den Rechtsfolgen der unterlassenen Mängelrüge unterscheiden sich HGB und UN-KaufR: Während der Käufer nach HGB alle Rechtsbehelfe einschl. Schadenersatzanspruch und Irrtumsanfechtung wegen des Mangels im Falle einer unterlassenen Mängelrüge verliert[26]), ist das UN-KaufR in dieser Beziehung milder[27]):

[14]) *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung[3], 501.

[15]) *Huber,* Die Haftung des Verkäufers für Verzug und Sachmängel nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen, JBl 1989, 273, 283.

[16]) Vgl auch § 280 BGB.

[17]) *Stoll/Schlechriem,* CISG Art 79 Rnr 30.

[18]) Nach dem OGH (MietSlg 39.184, JBl 1986, 789) haftet der Geschäftsherr nur dann für seine Gehilfen, wenn er diesen Weisungen erteilen darf. Dies wird von *Reischauer* in *Rummel* ABGB[2] § 1313a ABGB Rz 9 entschieden abgelehnt.

[19]) Vgl in Bezug zum UN-KaufR *Wilhelm,* Zum CISG bzw UNCITRAL bzw UN-Kaufrecht nichts Neues!, ecolex 1996, 509.

[20]) *Karollus,* UN-Kaufrecht, 213.

[21]) *Stoll/Schlechtriem,* CISG Art 74 Rnr 19.

[22]) LG Krefeld NJW 1994, 1106; *Staudinger-Magnus* Art 74 CISG Rn 51.

[23]) *Aicher* in *Hoyer/Posch,* Das einheitliche Wiener Kaufrecht, 117.

[24]) *Kramer* in *Straube* HGB[2] § 377, 378 Rz 12.

[25]) *Schwenzer/Schlechtriem,* CISG Art 40 Rnr 4.

[26]) *Krejci,* Handelsrecht 327.

[27]) *Karollus,* UN-Kaufrecht, 124.

Zwar führt die unterlassene Mängelrüge auch zum Rechtsverlust, doch kann sich der Käufer exkulpieren, wenn er beweist, daß er für die Unterlassung der Mängelrüge eine vernünftige Entschuldigung hat (Art 44 UN-KaufR). In diesem Fall bleibt ihm das Preisminderungsrecht und das Recht, Schadenersatz zu verlangen. Eine vernünftige Entschuldigung liegt etwa dann vor, wenn dem Käufer nach den Grundsätzen der Billigkeit kein Vorwurf zu machen ist[28]). Die Ausnahme nach Art 44 UN-KaufR käme etwa in Frage, wenn der Käufer über ungenügende Erfahrung verfügt oder wenn der Verkäufer aufgrund der Eigenschaft der Ware (Unveränderlichkeit) kein besonders berücksichtigungswertes Interesse an der schnellen Beweissicherung hat[29]).

Als letzter wesentlicher Unterschied zwischen dem Rügesystem des HGB und dem des UN-KaufR ist schließlich noch die Rechtzeitigkeit der Untersuchung und der Mängelrüge anzuführen. Das HGB verlangt hier Unverzüglichkeit, während das UN-KaufR dem Käufer die Untersuchung während angemessener Frist auferlegt. Tendenziell hat das UN-KaufR daher eine längere Frist im Sinn als das HGB[30]), insbesondere wenn man bedenkt, daß das Recht mancher Vertragsstaaten die Obliegenheit zur Mängelrüge auch bei Handelsgeschäften überhaupt nicht kennt (zB Frankreich) oder dafür einen – im Vergleich – sehr langen Zeitraum[31]) vorsieht. Deshalb ist von einem Standardwert von ca 4 Wochen für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nach UN-KaufR auszugehen[32]), folglich ein Wert, der nicht unwesentlich über der streng auszulegenden[33]) Frist des § 377 HGB liegt. Nach UN-KaufR genügt es dabei, daß die Mängelrüge rechtzeitig abgesandt wurde (Art 27). Kommt es bei der Übermittlung zu Verzögerungen oder zum Verlust, so schadet dies der Rechtsposition des Käufers nicht, soweit er nur beweisen kann, daß er die Mängelrüge abgesandt hat. Das Verlustrisiko trifft den Verkäufer. Nach § 377 HGB dagegen soll ein Verlust der abgesendeten Mängelrüge – in Abweichung der älteren Rsp[34]) des OGH und in Anlehnung an den BGH[35]) – zu Lasten des Käufers gehen[36]).

3. Abnahmepflicht

Nach österreichischem Recht hat der Verkäufer nur dann einen Anspruch gegen den Käufer auf physische Abnahme des Kaufgegenstandes, wenn besondere Umstände hinzutreten, die dem Verkäufer ein besonderes Interesse an der Abnahme verleihen[37]). Im Bereich des Handelskaufs kann der Verkäufer gemäß § 373 HGB die nicht abgenommene Ware entweder gerichtlich bzw bei einem Dritten verwahren oder zum Selbsthilfeverkauf schreiten. Dabei haftet der Verkäufer für die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufs bzw für Auswahlverschulden im Falle der Verwahrung bei einem Dritten[38]).

Nach UN-KaufR hat der Verkäufer zusätzlich zu den vom österreichischen Recht zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfen noch das Recht, vom Käufer physisch Abnahme zu fordern, auch wenn er daran kein besonderes Interesse hat (Art 60 lit b UN-KaufR). Den Käufer trifft hierbei nicht nur – wie nach österreichischem Recht – eine Obliegenheit zur Übernahme, sondern eine echte Rechtspflicht. Im Falle eines Distanzkaufs kann der Verkäufer daher die Ware dem Frachtführer einfach übergeben, ohne sich um das weitere Schicksal der Ware kümmern zu müssen[39]). Weigert sich der Käufer, die Ware anzunehmen, so kann er zur Abnahme verpflichtet werden. Dabei kann diese Verpflichtung zusammen mit dem Kaufpreis in ein und demselben Verfahren geltend gemacht werden. Der Verkäufer erspart sich folglich – wie nach österreichischem Recht – den Kaufpreis mittels Zahlungsklage einzufordern und sich der nicht abgenommenen Ware mittels Selbsthilfeverkauf zu entledigen. Beides kann in einem Verfahren abgewickelt werden.

4. Zahlungsort

Nach Art 57 UN-KaufR hat der Käufer die Kaufpreisschuld am Sitz des Verkäufers[40]) zu erfüllen, während in Österreich der Erfüllungsort für die Kaufpreisschuld am Sitz des Käufers liegt[41]). Diesen trifft allerdings die Pflicht zur Übersendung, die auf seine Gefahr erfolgt (Qualifizierte Schickschuld). Während diese Regelungen in materieller Hinsicht zu keinem großen Unterschied führen, hat der Erfüllungsort im prozessualen Zuständigkeitsrecht große Bedeutung. Nach Art 5 Nr 1 LGVÜ/EuGVÜ kann der Gläubiger dort Klage erheben, wo eine vertragliche Schuld zu erfüllen ist oder zu erfüllen gewesen wäre. Im Bereich des internationalen Kaufvertragsrechts bedeutet dies, daß – vorausgesetzt Käufer und Verkäufer haben ihren Sitz in einem Vertragsstaat des LGVÜ/EuGVÜ – der Verkäufer die Klage auf Zahlung des Kaufpreises an seinem Sitz erheben

[28]) *Resch,* Zur Rüge von Sachmängeln nach UN-Kaufrecht, ÖJZ 1992, 470, 479.

[29]) *Huber/Schlechtriem* CISG Art 44 Rnr 6–9a.

[30]) So auch *Resch,* Zur Rüge von Sachmängeln nach UN-Kaufrecht, ÖJZ 1992, 470, 473.

[31]) Der US-amerikanische Uniform Commercial Code (§ 2-607(3)(a)) normiert eine Rüge innerhalb „reasonable time", worunter uU auch mehrere Monate zu verstehen sind.

[32]) *Schwenzer/Schlechtriem* CISG Art 39 Rnr 17.

[33]) BGH NJW 1954 1841.

[34]) EvBl 1967/305.

[35]) NJW 1987, 2235.

[36]) *Kramer* in *Straube* HGB[2] § 377 Rz 43.

[37]) *Kramer* in *Straube* HGB[2] § 373, 374 Rz 5.

[38]) *Kramer* in *Straube* HGB[2] § 373, 374 Rz 23.

[39]) *Hager/Schlechtriem,* CISG Art 60 Rnr 2a.

[40]) Wenn die Zahlung gegen Übergabe der Ware oder Dokumente erfolgen soll, liegt der Erfüllungsort für die Geldschuld dagegen gemäß § 57 Abs 1 lit b am Übergabeort. Diese Bestimmung kommt aber nur dann zum Zug, wenn die Zahlung bei der Übergabe an den Frachtführer an diesen erfolgen soll (OGH ZfRV 1995, 80).

[41]) *Reischauer* in *Rummel* ABGB[2] § 905 ABGB Rz 6.

kann[42]). Gilt dagegen die Erfüllungsortregelung des § 905 ABGB, so hat sich der Verkäufer an den Sitz des Käufers zu begeben, um dort die Klage zu erheben. Selbst wenn die andere Partei ihren Sitz in einem Staat hat, der nicht dem LGVÜ/EuGVÜ angehört, kann der Erfüllungsort zuständigkeitsrechtlich von Bedeutung sein, weil viele Staaten die Gerichtszuständigkeit an den Erfüllungsort der eingeklagten Schuld knüpfen[43]). Bei der Rechtsdurchsetzung verleiht das UN-KaufR daher dem Verkäufer eine wesentlich günstigere Position.

III. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis dieses kursorischen und unvollständigen Vergleichs zwischen ABGB/HGB und dem UN-KaufR kann festgehalten werden, daß im Einzelfall erhebliche Unterschiede bestehen. Das UN-KaufR stellt im Vergleich zum österreichischen Recht eine Partei des Kaufvertrags je nach zu beurteilendem Sachverhalt einmal besser, einmal schlechter. Generell läßt sich sagen, daß das UN-KaufR den vertragstreuen Teil durch die von ihm normierten Prinzipien der Garantiehaftung und der Totalreparation stets besser stellt als das österreichische Recht. Freilich wird zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht feststehen, welcher Vertragsteil mit größerer Wahrscheinlichkeit vertragsbrüchig werden wird. Vertragsverfasser stehen daher regelmäßig vor dem Dilemma, daß sie einerseits das für sie günstigste Recht auf den Vertrag angewendet wissen wollen, allerdings zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in der Regel nicht wissen, welches der in Frage kommenden Rechte das konkret günstigere ist. Welches Recht tatsächlich günstiger ist, wird sich nämlich erst bei der Anwendung im konkreten Anlaßfall beurteilen lassen, also wenn es bei der Vertragsabwicklung zu Störungen kommt bzw gekommen ist. Beispielsweise müßte es der vertragstreue Teil bereuen, wenn er beim Vertragsabschluß das UN-KaufR abbedungen hat und nun nach ABGB keinen Schadenersatzanspruch hat, etwa weil den anderen Teil kein Verschulden trifft, während das UN-KaufR ihm einen solchen Anspruch gewähren würde. Ebenso könnte es dem Käufer gehen, der die Mängelrüge verfristen läßt und erkennt, daß seine Rechte noch aufrecht wären, wenn das UN-KaufR auf den Vertrag anwendbar wäre.

Vertragsverfasser, die vor der Entscheidung stehen, ob sie das UN-KaufR abbedingen sollen, müßten also quasi antizipieren, welche Probleme sich bei der Vertragsabwicklung ergeben könnten und welches Recht ihnen bei Auftreten dieser Probleme die günstigere Position verschafft. Eine derartige Prognose wird allerdings nur in Ausnahmefällen möglich sein, weil die Vertragsabwicklung in der Zukunft liegt und demgemäß ungewiß ist. Das der Rechtswahl zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses innewohnende Element der Ungewißheit würde sich nur dann vermeiden lassen, wenn diese erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem der zu beurteilende Sachverhalt bereits fest steht.

Grundsätzlich ist eine nachträgliche einvernehmliche Rechtswahl ohne weiteres möglich. § 11 Abs 2 IPRG und Art 3 Abs 2 EVÜ[44]) sehen die einvernehmliche Rechtswahl ja sogar noch während des Verfahrens vor[45]). Einzig die Rechtsposition Dritter darf durch die nachträgliche Rechtswahl nicht beeinträchtigt werden[46]). Freilich verschlechtert die nachträgliche Rechtswahl die Position der anderen Vertragspartei fast zwangsläufig, weshalb sie dieser nicht zustimmen wird. Die entscheidende Frage lautet daher, ob eine nachträgliche und **einseitige** Rechtswahlmöglichkeit zulässig ist, wenn dies einer Partei vertraglich eingeräumt wurde. Eine derartige vertragliche Vereinbarung könnte etwa den Inhalt haben, daß grundsätzlich österreichisches materielles Recht unter Ausschluß des UN-KaufR anwendbar sein soll, es sei denn, eine Partei erklärt einseitig und nachträglich das UN-KaufR für anwendbar. Je nach Vereinbarung[47]) ist das UN-KaufR dann durch Ausübung dieser Erklärung bereits auf den Vertragsabschluß anwendbar (ex tunc) oder erst mit Ausübung der Rechtswahl (ex nunc)[48]).

IV. Zur Zulässigkeit der nachträglichen einseitigen Rechtswahl

1. Bei frei ausverhandelten Verträgen

Die Zulässigkeit der Rechtswahl ist nach der lex fori zu beurteilen[49]). Wie bereits erwähnt, erlauben § 11 Abs 2 IPRG und Art 3 Abs 2 EVÜ auch die einvernehmliche Rechtswahl post factum. Aus dem Grundsatz der Privatautonomie folgt, daß eine Partei ihre Zustimmung zur einseitigen nachträglichen Rechtswahl auch bereits zum Zeitpunkt

[42]) *Czernich/Tiefenthaler,* Die Übereinkommen von Lugano und Brüssel Art 5 Rz 31; EuGH Slg 1994, 2946 – *Customs Made Commercial/Stawa Metallbau.*

[43]) Siehe die Übersicht bei *Schack,* Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht Rnr 236 ff.

[44]) Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ) vereinheitlicht das internationale Schuldrecht der EU-Mitgliedstaaten. Österreich hat das diesbezügliche Beitrittsübereinkommen bereits unterzeichnet (ABl C 15/97), mit dem Inkrafttreten ist für die zweite Jahreshälfte 1997 zu rechnen.

[45]) Zur Zulässigkeit der Rechtswahl post factum siehe *Schwimann* in *Rummel* ABGB² § 11 IPRG Rz 3.

[46]) *Bauer,* Grenzen nachträglicher Rechtswahl durch Rechte Dritter im Internationalen Privatrecht (1992) 159.

[47]) *Reithmann/Martiny,* Internationales Vertragsrecht⁵ 106.

[48]) In Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung über den Zeitpunkt der Wirkung der Rechtswahl ist beim Kaufvertrag zur Vermeidung einer intertemporalen Rechtsspaltung eher eine ex tunc-Wirkung anzunehmen; so auch BGH NJW 1991, 1292.

[49]) *Reichert-Facilides,* Das internationale Schuldrecht im neuen österreichischen IPR-Gesetz, Verh. 7. ÖJT II/4, 43.

des Vertragsschlusses geben kann. Die Privatautonomie stößt erst dann an ihre Grenzen, wenn der Inhalt des Vertrages sittenwidrig ist. Die vertragliche Unterwerfung unter die Fremdbestimmung des anderen Vertragspartners an sich ist nicht sittenwidrig[50]). Insbesondere ist es beim Kaufvertrag zulässig, die Preisbestimmung vertraglich dem anderen Vertragsteil einzuräumen[51]). Wenn es jedoch sogar zulässig ist, dem anderen Vertragsteil die einseitige Bestimmung des Werts der Hauptleistung vertraglich einzuräumen, so muß es umso mehr zulässig sein, dem anderen das Recht zur einseitigen Bestimmung des anwendbaren Rechts einzuräumen, weil sich durch den Rechtswechsel in aller Regel nur eine Änderung in Nebenpunkten ergibt. Auch im internationalen Vertragsrecht sind sog *floating choice of law clauses,* wonach sich das anwendbare Recht erst anhand sich später verwirklichenden Sachverhalten (zB Bestimmung des forums) bestimmt, zulässig[52]).

Die Partei, die sich der nachträglichen Rechtswahl durch die andere Partei ausliefert, wird sich in der Regel ihre Zustimmung dazu durch Zugeständnisse in anderen Vertragspunkten erkaufen. Selbst wenn eine Partei die Gefährlichkeit der Einräumung einer nachträglichen Rechtswahl durch die andere Partei nicht erkennt, so kann deswegen nicht von einer sittenwidrigen Übervorteilung gesprochen werden, weil die (womöglich überraschende) Anwendbarkeit fremden Rechts ein typisches Risiko des internationalen Vertrags ist, auf das sich eine Person, die das internationale Parkett betritt, eben einstellen muß. Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Vertragsklausel, die einer Partei das Recht zur einseitigen und nachträglichen Rechtswahl gibt, daher gültig und nicht sittenwidrig.

2. Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Fraglich ist, ob eine derartige Klausel auch dann rechtsbeständig ist, wenn sie mittels allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart wird[53]). Nach § 879 Abs 3 sind Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nicht die gegenseitige Hauptleistung regeln und eine Seite gröblich benachteiligen, nichtig. Während es wohl nicht weiter zu hinterfragen ist, daß die Rechtswahl nur einen Nebenpunkt darstellt, bedarf die Frage, ob die einseitige Einräumung einer nachträglichen Rechtswahl zu einer gröblichen Benachteiligung der anderen Partei führt, näherer Betrachtung. Hierbei sind zwei Ebenen zu trennen: Zum einen ist zu fragen, ob die Anwendbarkeit des einen statt des anderen Rechts im Ergebnis zu einer gröblichen Benachteiligung der Partei führt, die dieses Wahlrecht der anderen Partei gegen sich gelten lassen muß, und andererseits, ob in der nachträglichen einseitigen Rechtswahl an sich eine gröbliche Benachteiligung liegt.

Der Gesetzgeber stellt dem internationalen Handelsverkehr mit dem UN-KaufR und dem ABGB/HGB zwei nebeneinander bestehende und gleichberechtigte Regelungswerke zur Verfügung und überläßt die Entscheidung, welches Recht angewendet werden soll, grundsätzlich den Parteien. Zwar können das UN-KaufR und das österreichische Recht bei gleichem Sachverhalt zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen; doch ergibt sich aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber das UN-KaufR gleichberechtigt neben das ABGB/HGB gestellt hat, daß sich seiner Ansicht nach die Wertungsdifferenzen zwischen beiden Regelungen in so engen Grenzen halten, daß die Anwendung des einen Rechts im Vergleich zum anderen zu keinen gröblich benachteiligenden Ergebnissen für einen der Vertragsteile führt. Andernfalls hätte der Gesetzgeber das UN-KaufR zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen in der Rechtsordnung nicht ratifizieren dürfen[54]). Somit führt – jedenfalls nach der hier vertretenen Auffassung – die Anwendung des UN-KaufR statt des ABGB/HGB (bzw umgekehrt) zu keinem Ergebnis, das einen der beiden Vertragsteile gröblich benachteiligt.

Eine gröbliche Benachteiligung wäre allerdings anzunehmen, wenn sich der Verwender des AGB das Recht ausbedingt, einzelne Bestimmungen des UN-KaufR bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des österreichischen Rechts für anwendbar zu erklären. Dann hätte der AGB-Verwender nämlich die Möglichkeit, den inneren Interessenausgleich in beiden Regelungen quasi auszuhebeln und einseitig zu seinen Gunsten zu verschieben.

Weiters ist zu fragen, ob die einseitige nachträgliche Änderung des anwendbaren Rechts für sich eine gröbliche Benachteiligung des anderen Vertragsteils sein kann. Mit anderen Worten: Ist es eine gröbliche Benachteiligung, wenn eine Partei nachträglich die Regeln einseitig ändern darf?

Gegen den Charakter der nachträglichen Rechtswahl als gröblich benachteiligend spricht, daß auch bei nachträglicher Änderung des anwendbaren Rechts ein Regelungswerk zur Anwendung kommt, das mit seiner Grundwertung in Kongruenz zum vorher anwendbaren Recht steht. Für eine gröbliche Benachteiligung spricht allerdings, daß sich ein Teil erst bei Kenntnis des Sachverhalts einseitig für das ihm günstigere Recht entscheiden kann, ohne daß die Interessen der anderen Vertragspartei berücksichtigt werden. Diese kann nämlich ihr Risiko nicht kalkulieren, weil sie erst zum Zeitpunkt der nachträglichen Rechtswahl durch den anderen Teil weiß, welchen Haftungsvorschriften sie unterliegt. Freilich ist dies ein typisches Risiko des internationalen Vertrages: Verabsäumen die Parteien nämlich die Wahl eines be-

[50]) *Krejci* in *Rummel* ABGB² § 879 ABGB Rz 95.

[51]) OGH SZ 25/46.

[52]) *Kropholler,* Internationales Privatrecht² § 52 II.

[53]) Die folgenden Überlegungen gehen davon aus, daß die AGB mit ihrer Rechtswahlklausel auch tatsächlich Vertragsbestandteil geworden sind.

[54]) Die RV (BlgNR XVII. GP, 45, 46) hält das UN-KaufR als „mit den Grundprinzipien des österreichischen Rechts durchaus konform und in die österreichische Rechtsordnung integrierbar".

stimmten Rechts, so hat es der Kläger innerhalb der Grenzen des Zuständigkeitsrechts in der Hand, den Prozeß vor dem Gericht zu führen, das das für ihn günstigere Recht anwendet (forum-shopping). Dagegen bestehen jedoch keine Einwände[55]). Abseits einer vorherigen Rechtswahl kann eine Partei daher oft das anwendbare Recht einseitig und nachträglich ändern.

Ob eine Vertragsbestimmung in AGB gröblich benachteiligend ist, ist unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls festzustellen. Deshalb ist die bisherige Rsp zur gröblichen Benachteiligung iS § 879 Abs 3 ABGB sehr einzelfallbezogen und kaum analogiefähig. Auch aus der Aussage, daß der grundsätzliche Beurteilungsmaßstab für die Benachteiligung der Grad der Abweichung vom dispositiven Recht ist[56]), kann für den hier zu besprechenden Fall nicht viel gewonnen werden, weil das subsidiär heranzuziehende dispositive Recht die Kollisionsnormen des § 11, 35 IPR-G oder – unterstellt, die Parteien hätten keine Rechtswahl getroffen – § 36 IPR-G sind. Diese beinhalten jedoch keine Aussagen über die Rechtsposition des anderen Vertragsteils.

Zieht man hilfsweise den Katalog der von § 6 KSchG für nichtig erklärten Vertragsbestimmungen als Vergleichsmaßstab heran[57]), so kann man daraus ableiten, daß der Gesetzgeber die nachträgliche einseitige Änderung eines vertraglichen Nebenpunktes nicht ausdrücklich verpönt. § 6 Abs 2 Z 3 KSchG erklärt einseitige Leistungsänderungsrechte, die nicht einzeln ausgehandelt wurden, für nichtig, bezieht sich hierbei jedoch nur auf die Hauptleistung oder die Modalitäten ihrer Erbringung[58]). Bedenkt man, daß der Gesetzgeber einseitige nachträgliche Änderungsrechte bezüglich der Nebenpunkte eines Vertrages nicht einmal in Konsumentenverträgen verpönt, so ließe sich daraus – trotz des nur demonstrativen Charakters der in § 6 KSchG aufgezählten Vertragsbestimmungen – der Schluß ziehen, daß diese nachträgliche einseitige Änderungsmöglichkeit keine gröbliche Benachteiligung ist. Wegen der Einzelfallbezogenheit und der Wertungsimmanenz der Frage wird wohl allerdings erst eine höchstgerichtliche Entscheidung eine Klärung bringen. Durch eine geschickte Formulierung der Rechtswahlklausel lassen sich die negativen Folgen einer Nichtigerklärung durch das Gericht jedoch weitgehend vermeiden.

V. Ergebnis

Das UN-KaufR weicht in vielen wesentlichen Belangen vom österreichischen Recht ab und verleiht – je nach Sachverhalt – einmal dem Käufer, einmal dem Verkäufer eine im Vergleich zum österreichischen Recht günstigere Rechtsposition. Vertragsverfasser können sich diese Unterschiede zunutze machen, indem sie im Vertrag eine Klausel berücksichtigen, wonach grundsätzlich ein bestimmtes Recht – in der Regel wohl österreichisches – anwendbar ist, eine Partei jedoch einseitig auch das UN-KaufR in jedem Stadium des Vertrags für anwendbar erklären darf. Eine derartige Vereinbarung ist bei frei ausverhandelten Verträgen jedenfalls zulässig, bei der Verwendung dieser Klausel in AGB spricht vieles für die Zulässigkeit, wenngleich dies in letzter Konsequenz eine Wertungsfrage ist, die die Gerichte zu entscheiden haben.

[55]) *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht² Rz; *Zeiler*, Forum-Shopping in Europa, ecolex 1996, 725.

[56]) *Krejci* in *Rummel* ABGB² § 879 Rz 240.

[57]) So *Krejci* in *Rummel* ABGB² § 879 ABGB Rz 244.

[58]) *Krejci* in *Rummel* ABGB² § 6 KSchG Rz 180.

Neu- oder Änderungsgenehmigung als Sache eines gewerbebehördlichen Betriebsanlagenverfahrens

von Univ.-Doz. RA Dr. **Josef W. Aichlreiter, Salzburg**

Anlaß der nachstehenden Überlegungen ist eine mit einem Leitsatz in diesem Heft wiedergegebene Entscheidung des VwGH[1]).

Im zugrundeliegenden verwaltungsbehördlichen Verfahren wurde – zur Versorgung eines achtflammigen Gasherdes in der Küche eines bestehenden Gastgewerbebetriebes – von der zuständigen Bezirkshauptmannschaft die gewerbebehördliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Flüssiggasanlage gemäß „§ 77, § 74 Abs 2, § 359 Abs 1 erster Satz der Gewerbeordnung 1973" erteilt. Vom Landeshauptmann wurde der dagegen erhobenen Berufung einer Nachbarin, die Einwendungen wegen unzumutbarer Geruchs- und Lärmbelästigungen erhoben hatte, keine Folge gegeben. Auf der Grundlage des Gutachtens des gewerbetechnischen Amtssachverständigen, der zum Ergebnis gelangte, daß Gasimmissionen weder zu einer Gesundheitsgefährdung noch zu einer Belästigung der Nachbarin führen könnten, welches Ergebnis im Rahmen des Parteiengehörs unwiderlegt geblieben sei, wurde die Berufung der Nachbarin „gemäß den §§ 74 Abs 2, 77 und 81 GewO 1994 als unbegründet abgewiesen".

Bei seiner im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte erfolgten Prüfung des Bescheides ist der VwGH auf den – von der beschwerdeführenden Nachbarin anscheinend nicht relevier-

[1]) VwGH 8. 10. 1996, 94/04/0248, wbl 1997, 264.