

1991

Praxis des
Internationalen
Privat- und
Verfahrens-
rechts

IPRax

**Stillschweigende Rechtswahl durch
Prozeßverhalten im österreichischen
IPR**

(zu OGH, 28. 6. 1989 – 3 Ob 544/89, oben S. 123, Nr. 18)

von Prof. Dr. Ingeborg *Schwenzer*, LL.M., Basel/Schweiz

I. Einleitung

Innerhalb kurzer Zeit war der österreichische OGH nunmehr zum dritten Mal mit einem internationalen Reisevertrag befaßt.

Während in den beiden vorangegangenen Entscheidungen' hauptsächlich der Anwendungsbereich der kollisionsrechtlichen Verbraucherschutznorm, § 41 österr. IPRG, in Frage stand, geht es in der neuesten Entscheidung auch um das Problem der stillschweigenden Rechtswahl sowie um die Frage des Günstigkeitsprinzips bei objektiver Bestimmung des Verbrauchervertragsstatuts.

Der Sachverhalt – vereinfacht dargestellt – war folgender: Der österr. Kl. hatte bei einem österr. Reisebüro eine von dem beklagten deutschen Reiseveranstalter angebotene Pauschalreise gebucht. Wegen Reisemängeln verlangt er Rückerstattung von Reisepreis und Auslagen sowie Ersatz für entgangene Urlaubsfreude. Von Beginn des Prozesses an waren beide Parteien von der Maßgeblichkeit deutschen Rechts ausgegangen; nur dieses gewährt – im Gegensatz zum materiellen österr. Recht – Ersatz für entgangene Urlaubsfreude. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz hält der OGH indes österr. Recht für anwendbar.

II. Rechtswahl

Wie die anderen modernen IPR-Kodifikationen geht auch das österr. IPRG vom Grundsatz der Parteiautonomie aus (§ 35 Abs. 1 IPRG²). Auch bei Verbraucherverträgen hat der österr. Gesetzgeber in Anlehnung an das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 und dementsprechend in Übereinstimmung mit Art. 29 Abs. 1 EGBGB die Rechtswahl im Prinzip zugelassen (§ 41 Abs. 2 österr. IPRG), jedoch können die zwingenden Bestimmungen des objektiven Verbrauchervertragsstatuts nicht abbedungen werden. Wie im deutschen Recht³ gilt damit das Günstigkeitsprinzip⁴ im Gegensatz zu der vom Schweizer IPRG eingeführten „Radikallösung“⁵, das in Art. 120 Abs. 2 jegliche Rechtswahl in Verbraucherverträgen schlicht untersagt⁶.

Die Rechtswahl kann nach § 35 Abs. 1 österr. IPRG ausdrücklich oder schlüssig erfolgen, einer schlüssigen Rechtswahl steht es gleich, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, daß die Parteien eine bestimmte Rechtsordnung als maßgebend angenommen haben. Auch was den Zeitpunkt der Rechtswahl betrifft, ist die Lösung des österr. Rechts dem deutschen Juristen vertraut: Die Rechtswahl kann bei Abschluß des Vertrages oder auch erst nachträglich getroffen werden. Eine besondere Regelung für die nachträgliche Rechtswahl enthält freilich § 11 Abs. 2 österr. IPRG: Im Rahmen eines anhängigen Verfahrens kommt eine bloß schlüssige Rechtswahl nicht in Betracht, hier wird Ausdrücklichkeit gefordert. Hieraus erhellt, daß eine Rechtswahl im Prozeß – mangels Ausdrücklichkeit – im vorliegenden Fall nicht angenommen werden konnte.

Unsicher ist im österr. Recht nun allerdings, ob die beiderseitige Berufung auf eine bestimmte Rechtsordnung im Prozeß als Indiz für eine vor Anhängigkeit des Verfahrens erfolgte schlüssige Rechtswahl gewertet werden kann. Vor Inkrafttreten des IPRG sah der österr. OGH⁷ ohne weitere Begründung darin, daß die Parteien die Annahme des Instanzgerichtes, es komme österr. Recht zur Anwendung, unbekämpft ließen, eine stillschweigende Rechtswahl zugunsten des österr. Rechts. Ein Teil der Lehre⁸ hält auch unter Geltung des IPRG an dieser Position fest. Eine wesentlich engere Auffassung vertritt demgegenüber wiederholt *Schwimmann*⁹. Von einer schlüssigen Rechtswahl könne nur dann gesprochen werden, wenn nach den übereinstimmenden Parteiäußerungen „kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln“ übrigbleibt, daß die Parteien den realen Willen hatten, sich unter zwei in Betracht kommenden Rechten für eine bestimmte Rechtsordnung zu entscheiden. Für die Annahme einer schlüssigen Rechtswahl bleibt damit in der Praxis nur wenig Raum. Auch für die nach § 35 Abs. 1 österr. IPRG der schlüssigen Rechtswahl gleichzusetzende übereinstimmende Geltungsannahme verlangt *Schwimmann*, daß die Indizien eine „eindeutig

erschließbare Geltungsvorstellung“ ergeben und in „überwältigender“, jede andere Anknüpfung ausschließender Weise auf eine von den Parteien als „selbstverständlich“ zu Grunde gelegte Rechtsordnung hinweisen. Daß die Parteien ihrem Vorbringen ein bestimmtes Recht zugrunde legen, soll weder als Indiz für eine schlüssige Rechtswahl noch für eine übereinstimmende Geltungsannahme ausreichen¹⁰.

Dieser engen Auffassung schließt sich der OGH in der vorliegenden Entscheidung offenbar an. Schlüssige Rechtswahl wird von vorneherein abgelehnt, wohl weil es an dem Bewußtsein der Parteien an einer Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Rechtsordnungen gemangelt haben dürfte. Aber auch eine konkludent geäußerte Geltungsannahme verneint der OGH. Dem übereinstimmenden Prozeßvorbringen der Parteien wird insoweit keine Bedeutung beigemessen, aber auch aus den teilweise auf deutsches Recht bezugnehmenden Allgemeinen Reisebedingungen soll eine konkludente Geltungsannahme bei Vertragsschluß nicht abzuleiten sein. Insgesamt werden damit die Voraussetzungen für eine schlüssige Rechtswahl im Vergleich zur Rechtsprechung vor Inkrafttreten des IPRG recht hoch angesetzt. Freilich muß betont werden, daß in jenen früheren Entscheidungen, die bei der Annahme stillschweigender Rechtswahl großzügiger verfahren, immer die Anwendung der lex fori – des österr. Rechts – in Frage stand¹¹. Ob nicht auch im vorliegenden Fall das Ergebnis anders ausgefallen wäre, wenn sich die Parteien übereinstimmend auf die lex fori und nicht auf die Maßgeblichkeit deutschen Rechts bezogen hätten, muß hier allerdings dahingestellt bleiben.

Vom dogmatischen Ausgangspunkt her gesehen sind damit die Grenzen für eine stillschweigende Rechtswahl durch übereinstimmendes Prozeßverhalten im österr. Recht wesentlich enger gezogen als im deutschen Recht. Gehen die Parteien während eines Verfahrens übereinstimmend von der Maßgeblichkeit einer bestimmten Rechtsordnung aus, so soll darin nach ständiger Rechtsprechung des BGH¹² eine stillschweigende Rechtswahl liegen. Selbst das rügelose Verhandeln unter deutschem Recht soll die Anwendbarkeit deutschen Rechts begründen¹³.

Von der deutschen Literatur wurde diese Rechtsprechung kritisiert¹⁴. Von einem wirklichen Parteiwillen konnte in vielen Entscheidungen, in denen aus dem Prozeßverhalten auf eine Rechtswahl geschlossen wurde, kaum die Rede sein. Vielleicht sollte die Position des österr. Rechts doch Anlaß sein, die Auffassung im Hinblick auf Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB nochmals

1 OGH 10. 11. 1987, JBl. 1988, 375 m. Anm. *Schwimmann* = IPRax 1989, 303; OGH 18. 5. 1988, JBl. 1988, 780, m. Anm. *Hoyer* = IPRax 1989, 306; Anm. zu beiden Entscheidungen *Schwimmann*, IPRax 1989, 317 f.

2 „Schuldverhältnisse sind nach dem Recht zu beurteilen, das die Parteien ausdrücklich oder schlüssig bestimmen. Einer schlüssigen Bestimmung steht gleich, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die Parteien eine bestimmte Rechtsordnung als maßgebend angenommen haben.“

3 Vgl. *Kropholler*, IPR (1990), § 52 V I a, S. 410 f.; *MünchKomm/Martiny*, 2. Aufl. (1990), Art. 29 EGBGB, Rn. 28 ff.; *Palandt/Heldrich*, BGB, 49. Aufl. (1990), Art. 29 EGBGB Anm. 3.

4 Vgl. *Rummel/Schwimmann*, ABGB, 2. Aufl. (1990), § 41 IPRG Rn. 4.

5 Vgl. *Botschaft* zum BG über das internationale Privatrecht vom 10. Nov. 1982, BBl. 82.072 (Sonderdruck), S. 151.

6 Zur Kritik hieran vgl. *Keller*, FS Vischer (1983), S. 175 (184 f.); *Heini*, FS Moser, (1987), S. 67 (75); *Kren*, ZVglRWiss 88 (1989), 48 (56 f.); zum Ganzen *Kroeger*, Der Schutz der „marktschwächeren“ Partei im Internationalen Vertragsrecht (1984), passim.

7 OGH 16. 6. 1976, JBl. 1977, 593.

8 *Ducheki/Schwind*, IPRG (1979), § 35 Anm. 2.

9 Grundriß des IPR (1982), S. 116 ff.; *Rummel/Schwimmann*, ABGB, Fn. 4, § 35 IPRG Rn. 5 f.

10 *Rummel/Schwimmann*, ABGB, Fn. 4, § 35 IPRG Rn. 6.

11 Vgl. auch *Rummel/Schwimmann*, ABGB, Fn. 4, § 35 IPRG Rn. 6.

12 Nachw. bei *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl. (1988), Rn. 52; *MünchKomm/Martiny*, Fn. 3, Art. 27 EGBGB Rn. 51; *Soergel/Kegel*, BGB, 11. Aufl. (1984), vor Art. 7 EGBGB Rn. 344 f.; *Palandt/Heldrich*, BGB, Fn. 3, Art. 27 EGBGB Anm. 2 c.

13 BGH, 15. 1. 1986, IPRax 1986, 292 mit abl. Anm. *Schack*, 272 ff.

14 Vgl. *Schack*, NJW 1984, 2736 ff.; *ders.*, IPRax 1986, 272 ff.; *Mansel*, ZVglRWiss 86 (1987), 1 (11 f.).

kritisch zu überprüfen. Auch das Schweizer Bundesgericht¹⁵ übt eher Zurückhaltung, wenn es darum geht, in übereinstimmendem Prozeßverhalten eine stillschweigende Rechtswahl zu erblicken. Wo Rechtswahl überhaupt zulässig ist, ist zwar generell auch nach Schweizer Recht eine nachträgliche Rechtswahl stillschweigend im Prozeß möglich¹⁶; dies gilt auch nach der Neufassung des IPRG. Die Berufung auf eine bestimmte Rechtsordnung wird jedoch nur als *ein* Indiz bewertet, für die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl werden daneben noch zusätzliche Anhaltspunkte gefordert, vor allem müssen die Parteien auch nach Schweizer Recht das Bewußtsein darüber besitzen, daß sich die Frage nach dem anwendbaren Recht überhaupt stellt¹⁷.

III. Verbrauchervertragsstatut

Nicht allein im Hinblick auf die Problematik der stillschweigenden Rechtswahl verdient die Entscheidung des OGH besonderes Interesse, sondern auch, soweit es um die Auslegung des für Verbraucherverträge geltenden § 41 österr. IPRG geht.

1. Bis vor kurzem war im österr. Recht noch unsicher, wann ein Verbrauchervertrag überhaupt vorliegt¹⁸. § 41 Abs. 1 österr. IPRG verlangt neben einem besonderen privatrechtlichen Schutz durch das Recht des Aufenthaltsstaates des Verbrauchers, daß der Vertrag „im Zusammenhang mit einer ... (im Verbraucher-)Staat entfalteteten, auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm verwendeten Personen zustande gekommen“ ist.

Im Jahr 1987 hatte der OGH in einem praktisch identischen Fall (Vertragsschluß in einem Reisebüro im Verbraucherstaat)¹⁹ das Vorliegen eines Verbrauchervertrages mit dem Argument verneint, der Kunde habe das Reisebüro aus eigenem Antrieb betreten. Bereits kurze Zeit später ist jedoch jedenfalls der Vertragsschluß in einer vom Unternehmer im Verbraucherstaat unterhaltenen Geschäftsstelle als ausreichender Zusammenhang mit der im Verbraucherland entfalteteten Tätigkeit angesehen worden²⁰. Der letztgenannten Auffassung schließt sich der OGH nunmehr ausdrücklich an. Ausreichend für die Annahme eines Verbrauchervertrages i. S. des § 41 Abs. 1 österr. IPRG ist, nach dem hier zu besprechenden Urteil, wenn die Vertragsverhandlungen im Verbraucherstaat durch einen mit Billigung des Unternehmers handelnden Vermittler geführt werden. Diese Lösung entspricht dem Ergebnis, zu dem man im deutschen Recht über Art. 29 Abs. 1 EGBGB, im Schweizer Recht über Art. 120 Abs. 1 IPRG gelangen würde.

2. Wie im deutschen (Art. 29 Abs. 2 EGBGB) und im Schweizer Recht (Art. 120 Abs. 1 IPRG) findet auch im österr. Recht (§ 41 Abs. 1 IPRG) auf Verbraucherverträge bei objektiver Anknüpfung das Recht des Staates Anwendung, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Anders als im deutschen²¹ und Schweizer Recht²² wird nun allerdings von der österr. Literatur die Auffassung vertreten, daß auch bei objektiver Anknüpfung des Verbrauchervertragsstatuts das sog. Günstigkeitsprinzip gelten müsse²³, d. h., sofern das nach den allgemeinen für das Vertragsstatut geltenden Grundsätzen anwendbare Recht dem Verbraucher günstiger ist, soll dieses und nicht das Verbrauchervertragsstatut gelten. Gestützt wird diese Ansicht darauf, daß der Verbraucher bei objektiver Anknüpfung nicht schlechter gestellt werden könne als bei einer Rechtswahl²⁴ und daß § 41 österr. IPRG letztlich insgesamt Ausfluß des Günstigkeitsprinzips sei.

Wie bereits in den vorangegangenen Entscheidungen zum Verbrauchervertragsstatut²⁵ läßt der OGH in der vorliegenden Entscheidung die Frage des Günstigkeitsprinzips bei objektiver Anknüpfung letztlich dahingestellt. Denn er ist der Auffassung, daß – bei einem abstrakten Vergleich – das deutsche Recht insgesamt für den Reisenden nicht günstiger sei als das österr. Recht. Ob dies im Ergebnis zutreffend beurteilt wurde, soll hier

dahingestellt bleiben. Als nachteilige Regelungen des deutschen materiellen Reiserechts erwähnt der OGH neben der Ausschlußfrist des § 651 g BGB die Beschränkung der Haftung auf den dreifachen Reisepreis. Dabei wird freilich übersehen, daß es sich insoweit nicht um eine gesetzliche Haftungsbegrenzung handelt, sondern § 651 h BGB die Schranken für eine mögliche vertragliche Haftungsbeschränkung aufstellt. Diese Regelung ist für den Reisenden allerdings günstiger als das materielle österr. Recht, denn nach § 6 Abs. 1 Nr. 9 KSchG kann der Unternehmer – außer bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit – seine Haftung nicht nur beschränken, sondern ganz ausschließen.

Im konkreten Fall wäre die Klage des Reisenden wohl nach materiellem deutschen Recht in vollem Umfang erfolgreich gewesen, vor allem hätte der Kl. grundsätzlich auch Ersatz für entgangene Urlaubsfreude verlangen können. Die Ansprüche des Reisenden wären auch nicht nach § 651 g Abs. 1 BGB ausgeschlossen gewesen, denn nach dem mitgeteilten Sachverhalt hatte der Kl. seine Ansprüche wegen Reismängeln innerhalb von 5 Tagen nach Reiseende gegenüber dem Reisebüro geltend gemacht, was nach der Rechtsprechung des BGH²⁶ und überwiegender Literaturmeinung²⁷ als ausreichend anzusehen ist. Daß sich die Weiterleitung der Mängelanzeige vom österr. Generalvertreter an die Frankfurter Zentrale des Reiseveranstalters verzögerte, kann jedenfalls nicht dem Reisenden zugerechnet werden.

IV. Schlußbetrachtung

Insgesamt zeigt die vorliegende Entscheidung des OGH, wie schwer sich doch letztlich nach wie vor selbst oberste Gerichte mit Fällen mit Auslandsberührung tun. Der Hang zur *lex fori* ist auf allen Stufen der Argumentation deutlich spürbar; die Frage sei erlaubt, ob die Lösung dieselbe gewesen wäre, wenn sich der Fall mit umgekehrten Vorzeichen (deutscher Reisender/österreichischer Reiseveranstalter) abgespielt hätte. Auch hinter der Rechtsprechung des BGH zur Rechtswahl aufgrund Prozeßverhaltens steht ja in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle²⁸ als Ziel die Anwendung deutschen Rechts.

Schließlich bleibt von dem vielbeschworenen Günstigkeitsprinzip für den Verbraucher nur wenig übrig. Von daher spricht denn eben doch einiges für die wegen ihres Rigorismus kritisierte²⁹ Entscheidung des Schweizer Gesetzgebers, auf Verbraucherverträge ausnahmslos das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers anzuwenden; jedenfalls der Rechtssicherheit ist auf diesem Wege besser gedient.

15 Vgl. BGE 99 II 315 (318); 79 II 295 (302); 87 II 194 (194 ff.); vgl. auch BGE 91 II 44; 91 II 442; 102 II 143.

16 Grundlegend unter Aufgabe der früheren Rechtsauffassung BGE 79 II 295 (298 ff.); vgl. auch: *Vischer/von Planta*, IPR, 2. Aufl. (1982), § 43 I, S. 170 f.; *Keller/Siehr*, Allgemeine Lehren des IPR (1986), § 28 III 2 b, S. 375 f.; *Botschaft*, Fn. 5, S. 146 f.; vgl. auch *Buchta*, Die nachträgliche Bestimmung des Schuldstatus durch Prozeßverhalten im deutschen, österreichischen und schweizerischen IPR (1986), S. 28 ff.

17 Vgl. BGE 87 II 194 (200); 91 II 44 (46); *Vischer/von Planta*, Fn. 16, § 43 I 2 e, S. 172; *Jäggi*, SJZ 1974, 295; a. A. *Staufer*, SJZ 1974, 181 ff.

18 Vgl. *Schwimmann*, IPRax 1989, 317 ff.

19 OGH 10. 11. 1987, Fn. 1.

20 Vgl. OGH 18. 5. 1988, Fn. 1.

21 Statt vieler: *MünchKomm/Martiny*, Fn. 3, Art. 29 EGBGBRn. 28–32.

22 Vgl. *Schlufbericht der Expertenkommission zum schweizerischen IPR-Gesetzesentwurf* (1979), S. 237; *Botschaft*, Fn. 5, S. 151 f.

23 Grundlegend *Schwimmann*, FS Strasser (1983), S. 895 (904 f.); *Hoyer*, JBl. 1988, 789 (783).

24 *Schwimmann*, IPRax 1989, 317 (318 f.).

25 Vgl. OGH 10. 11. 1987, Fn. 1; OGH 18. 5. 1988, Fn. 1.

26 BGH, 22. 10. 1987 NJW 1988, 488 = JZ 1988, 513 m. Anm. *Teichmann*.

27 Vgl. *MünchKomm/Wolter*, 2. Aufl. (1988), § 651 g Rn. 5, m.w.N.

28 Ausnahme: BGH, 17. 1. 1966, IPRspr. 1966/67 Nr. 5 (franz. Recht); BGH, 15. 4. 1970 NJW 1971, 323 (324); Nachweise bei *Schack*, NJW 1984, 236 (237 Fn. 19–21).

29 Nachweise bei Fn. 6; vgl. auch *Kroeger*, Fn. 6, S. 155 f.; *Uebersax*, Der Schutz der schwächeren Partei im internationalen Vertragsrecht (1976), S. 235 ff.; *E. Lorenz*, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 1987, 569 f.; *Imhoff-Scheier*, Protection du consommateur et contrats internationaux (1981), S. 203 f.