

Stud. jur.
Adrian Helfenstein
6. Fachsemester

Seminar

Europäisches Privatrecht - Grundlagen und aktuelle Entwicklungen

bei
Prof. Dr. Reiner Schulze und Dr. Christian Twigg-Flesner
Sommersemester 2006

Thema:

- Die Gepflogenheiten und Handelsbräuche nach dem UN-Kaufrecht -

- Literaturverzeichnis -

1. **Achilles**, Wilhelm-Albrecht Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG);
2000, Neuwied u.a.
(zitiert: Achilles Art. ... Rn. ...)
2. **Albán**, Jorge Oviedo Remarks on the Manner in which the UNIDROIT-Principles
may be used to interpret or supplement CISG Article 9;
2004, Fundstelle im Internet:
[http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban5.html#
a11](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban5.html#a11) (zitiert: Albán, Remarks Art.9 CISG)
3. **Bonell**, Michael Joachim Die Bedeutung der Handelsbräuche im Wiener Kaufrechts-
übereinkommen von 1980;
Juristische Blätter 1985, S. 385-395
(zitiert: Bonell, JBl 1985 S. ...)
4. **Derselbe** The UNIDROIT Principles of International Commercial
Contracts and CISG – Alternatives or Complementary In-
struments?; Uniform Law Review 1996, S. 26-39
(zitiert: Bonell, ULR 1996 S. ...)
5. **Bout**, Patrick X. Trade Usages: Article 9 of the Convention on Contracts for
the International Sale of Goods;
1998, Fundstelle im Internet:
<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bout.html>
(zitiert: Bout, Art.9 CISG)
6. **Carlsen**, Anja Remarks on the Manner in which the PECL may be used to
interpret or supplement Article 9 CISG; 2002,
Fundstelle im Internet:
<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html#er>
(zitiert: Carlsen, Remarks Art.9 CISG)
7. **Diedrich**, Frank Autonome Auslegung von internationalem Einheitsrecht;
1994, Baden-Baden
(zitiert: Diedrich, Autonome Auslegung S. ...)
8. **Ehricke**, Ulrich Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden
Vertragsauslegung;
Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Pri-
vatrecht 60 (1996), S. 661-690
(zitiert: Ehricke, RabelsZ 60 S. ...)
9. **Ferrari**, Franco Zur Bedeutung von Handelsbräuchen und Gepflogenheiten
nach UN-Kaufrecht;
The European Legal Forum 2002, S. 272-277
(zitiert: Ferrari, EuLF 2002 S. ...)

10. **Derselbe** Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen;
Juristenzeitung 1998, S. 9-17
(zitiert: Ferrari, JZ 1998 S. ...)
11. **Fogt**, Morten F. Rechtzeitige Rüge und Vertragsaufhebung bei Waren mit raschem Wertverlust nach UN-Kaufrecht;
Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2002, S. 580-595
(zitiert: Fogt, ZEuP 2002 S. ...)
12. **Derselbe** Gerichtsstand des Erfüllungsortes bei streitiger Existenz des Vertrages, Anwendbarkeit der CISG und alternative Vertragsschlussformen;
Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2001, S. 358-364
(zitiert: Fogt, IPRax 2001 S. ...)
13. **Frick**, Joachim G. Die UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge; Recht der internationalen Wirtschaft 2001, S. 416-422
(zitiert: Frick, RIW 2001 S. ...)
14. **Frigge**, Bettina Externe Lücken und Internationales Privatrecht im UN-Kaufrecht (Art. 7 Abs. 2);
1994, Frankfurt am Main
(zitiert: Frigge, CISG S. ...)
15. **Holl**, Volker H./
Keßler, Oliver „Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“ und Einheitsrecht – Die Stellung der Handelsbräuche und Gepflogenheiten im Wiener UN-Kaufrecht;
Recht der internationalen Wirtschaft 1995, S. 457-460
(zitiert: Holl/Keßler, RIW 1995 S. ...)
16. **Honnold**, John O. Documentary History of the Uniform Law for International Sales;
1989, Deventer
(zitiert: Honnold, DocHist S. ...)
17. **Derselbe** Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention;
3. Auflage, 1999, The Hague
(zitiert: Honnold, Uniform Law Art. ... Rn. ...)
18. **Honsell**, Heinrich Kommentar zum UN-Kaufrecht;
1997, Berlin u.a.
(zitiert: Honsell- Bearbeiter Art. ... Rn. ...)
19. **Huber**, Magnus 25 Jahre UN-Kaufrecht;
Zeitschrift für das europäische Privatrecht 2006, S. 96-123
(zitiert: Huber, ZeuP 2006 S.)

20. **Huber**, Ulrich Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge;
Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 43 (1979), S. 413-526
(zitiert: Huber, RabelsZ 43 S.)
21. **Karollus**, Martin UN-Kaufrecht;
1991, Wien u.a.
(zitiert: Karollus, UN-Kaufrecht S. ...)
22. **Kröll**, Stefan/
Hennecke, Rudolf Kaufmännisches Bestätigungsschreiben beim internationalen Warenkauf;
Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 67 (2003), S. 448-493
(zitiert: Kröll/Hennecke, RabelsZ 67 S. ...)
23. **Kroppholler**, Jan Europäisches Zivilprozeßrecht;
8. Auflage, 2005, Frankfurt am Main
(zitiert: Kroppholler Art. ... Rn. ...)
24. **Ludwig**, Katharina S. Der Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common Law und Civil Law;
1994, Frankfurt am Main
(zitiert: Ludwig, Vertragsschluss S. ...)
25. **Lurger**, Brigitta Überblick über die Judikatur zu ausgewählten Fragen des CISG – Teil 1;
Internationales Handelsrecht 2005, S. 177-188
(zitiert: Lurger, IHR 2005 S. .)
26. **Magnus**, Ulrich Die allgemeinen Grundsätze des UN-Kaufrechts;
Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 59 (1995), S. 469-494
(zitiert: Magnus, RabelsZ 59 S. ...)
27. **Mankowski**, Peter Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs;
Recht der internationalen Wirtschaft 2003, S. 2-15
(zitiert: Mankowski, RIW 2003 S. ...)
28. **Piltz**, Burghard INCOTERMS and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods;
Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1998, S. 41-51, The Hague u.a.
(zitiert: Piltz, Review CISG S. ...)
29. **Rebmann**, Kurt /
Säcker, Franz Jürgen /
Rixecker, Roland Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch;
Band 3: §§433-610, CISG u.a.
4. Auflage, 2004, München
(zitiert: MüKo- Bearbeiter Art. ... Rn. ...)

30. **Schilf**, Sven Writing in confirmation: valid evidence of a sales contract? Reflections on a Danish case regarding usages, CISG and the UNIDROIT-Principles; Uniform Law Review 1999, S. 1004-1009 (zitiert: Schilf, ULR 1999 S. ...)
31. **Schlechtriem**, Peter Internationales UN-Kaufrecht; 3. Auflage 2005, Tübingen (zitiert: Schlechtriem, UN-Kaufrecht Rn. ...)
32. **Derselbe/ Schwenzen**, Ingeborg Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht; 4. Auflage, 2004, München (zitiert: Schlechtriem- Bearbeiter Art. ... Rn. ...)
33. **Schlosser**, Peter Rechtszersplitterung durch internationales Einheitsrecht?; Festschrift für Dieter Medicus, S. 543-554, 1999, Köln u.a. (zitiert: Schlosser, FS Medicus S. ...)
34. **Schmidt-Kessel**, Martin Implied Term – auf der Suche nach dem Funktionsäquivalent; Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft 1997, S. 101-155 (zitiert: Schmidt-Kessel, ZVglRWiss 1997 S. ...)
35. **Selke**, Olav Handelsbräuche als autonomes kaufmännisches Recht; 2001, Stuttgart (zitiert: Selke, Handelsbräuche S. ...)
36. **Staudinger**, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Teilband Wiener UN-Kaufrecht 2005, Berlin (zitiert: Staudinger- Bearbeiter Art. ... Rn. ...)
37. **Stier-Somlo**, Fritz/
Elster, Alexander Handwörterbuch der Rechtswissenschaft; III. Band: Glaubensfreiheit – Luxemburg 1. Auflage, 1928, Berlin u.a. (zitiert: Stier-Somlo/Elster S. ...)
38. **Stöve**, Elisabeth Gerichtsstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch, Art. 17 EuGVÜ und § 38 ZPO; 1993, Heidelberg (zitiert: Stöve, Gerichtsstand S. ...)
39. **Thamm**, Manfred/
Detzer, Klaus Das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben; Der Betrieb 1997, S. 213-216 (zitiert: Thamm/Detzer, DB 1997 S. ...)
40. **Walker**, Gregory C. Trade Usages and the CISG: Defending the Appropriateness of Incorporating Custom into International Commercial Contracts; Journal of Law and Commerce 2005, S. 263.-280

(zitiert: Walker, JLC 2005 S. ...)

41. **Witz, Wolfgang/**
Salger, Hanns-Christian/
Lorenz, Manuel International einheitliches Kaufrecht;
2000, Heidelberg
(zitiert: Witz/Salger/Lorenz- Bearbeiter Art. ... Rn. ...)

Online- Datenbanken:

www.cisg-online.ch

CISG-Online [Case No] [Gericht] [Datum der Entscheidung]

www.unilex.info

UNILEX [Case No] [Gericht] [Datum der Entscheidung]

- Gliederung -

A. Einleitung.....	1
B. Gebräuche und Gepflogenheiten nach dem CISG.....	2
I. Begriffe.....	2
1. Gebräuche.....	2
2. Gepflogenheiten.....	3
II. Einbindung der Gebräuche und Gepflogenheiten in das Vertragsverhältnis.....	3
1. Voraussetzungen des Art. 9 CISG.....	3
a) Einbindung kraft Vereinbarung gemäß Art. 9 Abs. 1 CISG.....	3
b) Einbindung kraft internationaler Verbreitung gemäß Art. 9 Abs. 2 CISG.....	4
aa) Verhältnis des Art. 9 Abs. 1 zu Abs. 2 CISG	5
bb) Was setzt Art. 9 Abs. 2 CISG voraus?.....	6
aaa) Subjektive Komponente.....	6
bbb) Objektive Komponente.....	7
2. Verhältnis von Art. 9 CISG zu anderen Bestimmungen des CISG.....	8
3. Gültigkeitsprüfung von Gebräuchen und Gepflogenheiten i.S.v. Art. 9 CISG.....	8
III. Gebräuche und Gepflogenheiten im Hinblick auf ergänzende Vertragsauslegung.....	9
1. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben.....	9
a) Allgemeines.....	9
b) Bedeutung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens im CISG	10
aa) Lösung über das IPR.....	10
bb) Praxis der Rechtsprechung.....	11
cc) Stellungnahme.....	12
2. INCOTERMS.....	13
3. Bedeutung der PECL und PICC für Art. 9 CISG.....	15
C. Schlussbemerkung.....	16

„L’usage estompe les contours de la loi et de la convention, tenant entre eux le rôle d’une valeur de transition, zone de clair obscur dans le tableau, où toutes les oppositions viennent s’atténuer et se fonder. Il apporte le trouble dans les notions géométriques des jurisconsultes.“¹

Jean Escarra, *De la valeur juridique de l’usage en droit commercial*, 1910

A. Einleitung

Eine wesentliche Errungenschaft der Privatautonomie ist die große Freiheit in der Gestaltung von vertraglichen Beziehungen. Darunter fällt auch die Möglichkeit, sich branchenspezifischen Verhaltensweisen zu unterwerfen und diese gegen sich gelten zu lassen. So kann sich eine parteiinterne Praxis etablieren, die die jeweiligen Interessen am besten berücksichtigt. Ein Ziel ist dabei die Reduzierung des Aufwandes und der Kosten bei Vertragsverhandlungen.²

Der moderne globale Handelsverkehr zeigt, dass sich rechtliche Beziehungen nicht nur mit, sondern auch neben dem Recht entwickeln können. Dem wird dadurch Rechnung getragen, dass dieser Ausdruck der Privatautonomie innerhalb der nationalen und internationalen Kodifikationen toleriert und eingebunden wird. Mehr denn je spielen dabei multilaterale Abkommen eine Schlüsselrolle.³

Natürlich gehen mit dieser Entwicklung rechtliche Probleme einher. In großteils ungeschriebenen, und somit streitbaren, Bräuchen und Gepflogenheiten liegt eine erhebliche Rechtsunsicherheit, obwohl diese eigentlich zur Vereinfachung des geschäftlichen Verkehrs gedacht sind. Zu untersuchen ist daher, inwiefern das bekannteste und erfolgreichste Instrument zur Vereinheitlichung internationalen Handels auf der Ebene des Rechts, das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf,⁴ eine Einbindung von Gebräuchen und Gepflogenheiten zulässt und diese inhaltlich bestimmt. Artikel 9 CISG ist die in diesem Zusammenhang entscheidende Norm. Sie geht in ihren zwei Absätzen auf die Bedeutung von Gebräuchen und Gepflogenheiten für CISG-konforme Kaufverträge ein. Zu berücksichtigen ist der Standort in den allgemeinen Bestimmungen des CISG, also Artikel 7-13, und damit eine Wechselwirkung mit den anderen Artikeln (insbesondere Art. 8 Abs. 3 und 18 Abs. 3 CISG), die sich mit der Auslegung von Willenserklärungen und des CISG im Allgemeinen befassen.⁵

Diese Arbeit geht nicht nur auf die begriffliche Unterscheidungen zwischen Gebräuchen und Gepflogenheiten ein, sondern untersucht auch Einflüsse aus

¹ Übersetzung des Verfassers: „Der Handelsbrauch verwischt die Grenzen des Gesetzes und des Abkommens, indem er zwischen ihnen die Rolle eines Übergangswertes einnimmt, ein Gebiet des deutlichen Dunkels auf der Tafel, wo alle Gegensätze zusammentreffen und sich einerseits abschwächen und sich andererseits begründen. Er bringt die Ordnung der Rechtsberater durcheinander.“

² Walker, JLC 2005 S.266 mittig.

³ Selke, Handelsbräuche S.84 mittig.

⁴ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen über den Internationalen Warenkauf vom 11.04.1980 ; BGBl. 1989 S.588; im Folgenden CISG.

⁵ Bonell, JBl 1985 S.385 r.Sp. unten.

anderen Rechtsquellen, wie z.B. den UNIDROIT- Prinzipien⁶ oder den Principles of European Contract Law⁷. Desweiteren werden das Institut des kaufmännischen Bestätigungsschreibens, das in der Tradition vieler Rechtssysteme verankert ist, und die International Commercial Terms⁸ aufgrund ihrer Bekanntheit und der entsprechend vielfältigen ergangenen Judikatur dargestellt, um einen Einblick in die Praxis der Einbindung von Gebräuchen und Gepflogenheiten geben zu können.

B. Gebräuche und Gepflogenheiten nach dem CISG

Das CISG unterscheidet in den einschlägigen Artikeln scharf zwischen Gebräuchen und Gepflogenheiten. Daher sollen nun zuerst die Begriffe näher bestimmt werden, um weiter mit ihnen arbeiten zu können.

I. Begriffe

1. Gebräuche

Die englische Sprachfassung spricht von „usage“, die anderen deutschsprachigen Fassungen von „Brauch“ (Österreich) und „Handelsbrauch“ (Schweiz). Im CISG selbst findet sich keine Legaldefinition; da die Konvention autonom auszulegen ist gemäß des Artikels 7 Abs. 1, verbietet es sich den Anwendungsbereich zum Beispiel des § 346 des deutschen Handelsgesetzbuches⁹ zu übertragen.¹⁰ Übereinstimmend werden in der Kommentarliteratur die verschiedenen Begriffe (Bräuche, Gebräuche, Handelsbräuche) synonym verwendet.¹¹ Bei Gebräuchen im Sinne des CISG handelt es sich um jede Übung oder Verhaltensweise, die bei der Geschäftsabwicklung in einem bestimmten Geschäftszweig oder an einem bestimmten Handelsplatz regelmäßig beachtet wird.¹² Es kommen auch lediglich nationale oder lokale Bräuche in Betracht, eine internationale Bedeutung wird nicht vorausgesetzt.¹³ Beispiele für Gebräuche sind neben dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben etwa die Bedingungen der Bremer Baumwollbörse.¹⁴

⁶ Principles of International Commercial Contracts (PICC), second edition 2004; first edition 1994; Fundstelle im Internet: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>; im Folgenden PICC.

⁷ Principles of European Contract Law (PECL), 2003; Fundstelle im Internet: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html; im Folgenden PECL.

⁸ Fundstelle im Internet: tabellarische Zusammenfassung der IHK Frankfurt a.M. <http://www.frankfurt-main.ihk.de/imperia/md/content/pdf/international/Incoterms-2000-Tabelle.pdf>; im Folgenden INCOTERMS.

⁹ Im Folgenden: HGB.

¹⁰ Diedrich, Autonome Auslegung S.151 unten.

¹¹ Honsell- Melis Art.9 Rn.3.

¹² Achilles Art.9 Rn.2.

¹³ Oberster Gerichtshof vom 15.10.1998 in Juristische Blätter 1999, S. 318-321 [319].

¹⁴ Schlechtriem- Schmidt-Kessel Art.9 Rn.6.

2. Gepflogenheiten

Die offizielle englische Fassung spricht von „practice“. Es handelt sich hierbei um Verhaltensweisen, die nicht allgemein, sondern nur zwischen den Parteien regelmäßig beachtet werden.¹⁵ Damit ist eine Abgrenzung zu den Gebräuchen leicht möglich. Gepflogenheiten können zum Beispiel abweichende Rügefristen sein, oder Modalitäten bei der Lieferung.

Eine gewisse Häufigkeit und Dauer der Übung wird vorausgesetzt; eine nur zweifache Wiederholung soll nicht ausreichen, um eine Gepflogenheit annehmen zu können.¹⁶

Der wesentliche Unterschied zwischen Gebräuchen und Gepflogenheiten besteht also zusammengefasst darin, dass Gepflogenheiten grundsätzlich nur individuell zwischen die Parteien bestehen, während Gebräuche in einem ganzen Geschäftszweig üblich sind.

II. Einbindung der Gebräuche und Gepflogenheiten in das Vertragsverhältnis

Nach der Erläuterung der Begriffe soll nun näher untersucht werden, wie sich Gebräuche und Gepflogenheiten in ein Vertragsverhältnis einbinden lassen, das dem CISG unterfällt.

Grundlage jeder Einbindung ist zunächst die Dispositivität des Abkommens und die damit verbundene Vertragsfreiheit der Parteien, die in Art. 6 CISG normiert ist.¹⁷ Art. 9 CISG gibt zentral vor, welche rechtliche Bedeutung Gebräuchen und Gepflogenheiten bei Verträgen zukommt, die im Rahmen der Konvention geschlossen werden.¹⁸ Zwei Möglichkeiten der rechtlich wirksamen Einbindung werden eröffnet, zum Einen die Einbindung kraft Vereinbarung gemäß Art. 9 Abs. 1 CISG, zum Anderen die Einbindung kraft internationaler Verbreitung nach Art. 9 Abs. 2 CISG:

1. Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 CISG

a) Einbindung kraft Vereinbarung gemäß Art. 9 Abs. 1 CISG

Die Einbindung von Gebräuchen setzt nach Art. 9 Abs. 1 Alt. 1 CISG ein Einverständnis der Parteien voraus. Gebräuche finden demnach also nicht als solche, sondern als integrierter Vertragsbestandteil Anwendung.¹⁹

Die Bindungswirkung der Parteien an ihre Gepflogenheiten ist in Art. 9 Abs. 1 Alt. 2 CISG geregelt. Danach werden Gepflogenheiten bereits mit ihrer Entstehung zwischen den Parteien verbindlich. Allerdings kann aufgrund wesentlich veränderter Umstände oder durch Lossagung von einer Gepflogenheit abgerückt werden.²⁰

¹⁵ Honsell- Melis Art.9 Rn.4.

¹⁶ CISG-Online 659 Amtsgericht Duisburg vom 13.04.2000: „Eine gewissen Dauer und Häufigkeit besteht bei zwei vorangegangenen Lieferungen noch nicht. Dafür ist die absolute Zahl zu gering.“; Staudinger- Magnus Art.9 Rn.13.

¹⁷ Mankowski, RIW 2003 S.10 I.Sp. unten: „Art.6 CISG öffnet das Tor zu einer branchenspezifischen Lösung.“

¹⁸ Holl/Keßler, RIW 1995 S.457 I.Sp. oben.

¹⁹ Holl/Kessler, RIW 1995 S.458 I.Sp. unten.

²⁰ Achilles Art.9 Rn.3.

Das Einverständnis, das Art. 9 Abs. 1 CISG fordert, ist in seinen Voraussetzungen umstritten. Einerseits wird eine den allgemeinen Regeln entsprechende (s. Art. 8, 14 ff. CISG), tatsächliche (stillschweigende oder ausdrückliche) Einigung im Sinne übereinstimmender Willensakte verlangt;²¹ im Falle einer stillschweigenden Vereinbarung wird zumindest ein konkludentes Verhalten (vgl. Art. 18 Abs. 3 CISG) der Parteien entsprechend des jeweiligen Brauches erwartet.²²

Andererseits aber soll bereits jede Erklärung ausreichen, die ein Einverständnis zum Ausdruck bringt.²³ Für die letztgenannte Meinung spreche vor allem, dass ansonsten die Berücksichtigung von Bräuchen im Stadium des Vertragsschlusses eingeschränkt würde. Allerdings wird dieser Meinung von der Mehrheit der Autoren entgegengesetzt, dass andere Sprachfassungen, insbesondere die englische und französische („have agreed“ und „ont consenti“), sich diesbezüglich eindeutig ausdrücken und gerade eine tatsächliche Einigung verlangen.²⁴ Es sei desweiteren nicht nachvollziehbar, wie eine solche Erklärung, die nicht weiter bestimmt wird, eigentlich aussehen soll.

Damit scheinen letztlich beide Meinungen im Ergebnis nicht zu differieren; selbst wenn ein Brauch oder eine Gepflogenheit kein Vertragsbestandteil wird, so kann sein Inhalt im Rahmen der Auslegung des Vertrages nach Art. 8 CISG Berücksichtigung finden.

Es bleibt insgesamt festzuhalten, dass die ausdrückliche Vereinbarung eines Brauches i.S.v. Art. 9 Abs. 1 CISG im Prinzip schon durch Art. 6 CISG abgedeckt ist. Art. 6 CISG eröffnet den Parteien die Möglichkeit zur weitreichenden Abwahl der Bestimmungen des CISG. Es gilt jede Regel, auf welche die Parteien sich mit hinreichender Deutlichkeit einigen können.²⁵ Dabei spielt es an sich keine Rolle, ob diese Regel nun als Brauch oder als Gepflogenheit bezeichnet wird.

b) Einbindung kraft internationaler Verbreitung gemäß Art. 9 Abs. 2 CISG

Dass die Parteien die Einbeziehung von Bräuchen nach Art. 9 Abs. 1 CISG vereinbaren können, erscheint im Rahmen der Privatautonomie als selbstverständlich. Art. 9 Abs. 2 CISG eröffnet eine Alternative:

Handelt es sich um Gebräuche, die im betreffenden internationalen Handelszweig weithin bekannt sind und regelmäßig beachtet werden, die desweiteren die Parteien kannten oder kennen mussten, so werden diese bindender Bestandteil des Vertrages, unter dem Vorbehalt einer anders lautenden Parteivereinbarung. Zunächst ist zu prüfen, inwiefern die Aussagen zu Art. 9 Abs. 1 CISG für das Verständnis des Absatzes 2 herangezogen werden können.

²¹ Schlechtriem- Schmidt-Kessel Art.9 Rn.6.

²² MüKo- Westermann Art.9 Rn.3.

²³ Witz/Salger/Lorenz- Witz Art.9 Rn.5.

²⁴ Staudinger- Magnus Art.9 Rn.9; Schlechtriem- Schmidt-Kessel Art.9 Rn. 7.

²⁵ Schlechtriem- Schmidt-Kessel Art.9 Rn.6.

aa) Verhältnis des Art. 9 Abs. 1 zu Abs. 2 CISG

Einige Autoren möchten Art. 9 Abs. 2 CISG im Licht des Abs. 1 interpretieren. Die Einigung, die in Art. 9 Abs. 1 CISG gefordert wird (s. B. II. 1. lit. a), soll in Abs. 2 stillschweigend fingiert werden. Mit anderen Worten, in den engen Grenzen des Art. 9 Abs. 2 CISG wird eine Einigung der Parteien unterstellt und eine Wirkung von Gebräuchen festgelegt, auch wenn die betroffenen Parteien sich dieser Wirkung nicht bewusst waren.²⁶

Andere sehen in Art. 9 Abs. 2 CISG lediglich Geltungsvoraussetzungen für die Einbeziehung der entsprechenden Bräuche in räumlicher, sachlicher und persönlicher Hinsicht; diese gilt es dann näher zu bestimmen.²⁷ Die Fiktion eines Parteiwillens wird nicht angenommen. Die Vertreter dieser Ansicht vergleichen Art. 9 CISG vielmehr mit den entsprechenden Regelungen im Haager Einheitlichen Kaufrecht, dem Vorläufer des CISG;²⁸ dieses sah in seinen Art. 9 Abs. 2 EKG²⁹ und 13 Abs. 1 EAG³⁰ eine rein normative, also einem Gesetz gleichkommende Wirkung von Handelsbräuchen vor, vergleichbar mit § 346 HGB. Statt zu Art. 9 Abs. 1 CISG erblicken einige Autoren eine Parallele also zum Vorläuferrecht.

Letztlich ist im Ergebnis gleichgültig, ob von einem willensunabhängigen Vertragsbestandteil gesprochen wird, oder die Fiktion eines übereinstimmenden Parteiwillens, der im Sinne von Art. 9 Abs. 1 CISG stünde, angenommen wird.³¹ Die materiellen Voraussetzungen des Artikels werden hierdurch nicht beeinflusst.

Nachdem nun das Erfordernis einer Einigung im Verhältnis der beiden Absätze des Artikels 9 CISG erörtert wurde, soll an dieser Stelle das Konkurrenzverhältnis von Gebräuchen und Gepflogenheiten erläutert werden.

Im Rahmen von Art. 9 Abs. 1 CISG sind Konkurrenzen von Gebräuchen und Gepflogenheiten schwer vorstellbar. Das würde bedeuten, dass sich die Parteien bewusst auf gegensätzliche Bestimmungen geeinigt hätten. Sollte dieser Fall dennoch eintreten, ist anhand der konkreten Umstände festzustellen, was dem Willen der Parteien nach Vorrang haben sollte.³²

Eine Konkurrenz zwischen Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 CISG ist überhaupt nicht denkbar. Eine Einigung der Parteien gemäß Art. 9 Abs. 1 CISG auf einen Brauch oder eine Gepflogenheit wird regelmäßig eine abweichende Vereinbarung i.S.v. Art. 9 Abs. 2 CISG darstellen, und somit die Einbindung eines Brauches kraft internationaler Verbreitung verhindern.

²⁶ Frigge, CISG S.76 unten; Honsell- Melis Art.9 Rn.2; Ehrlicke, RabelsZ 60 S.682 mittig: „...quasi-normative Gebräuche, die den Rahmen der Vertragsbeziehungen der Parteien mitbestimmen...“.

²⁷ Bonell, JBI 1985 S.390 I.Sp. unten; Staudinger- Magnus Art.9 Rn.20.

²⁸ Holl/Kessler, RIW 1995 S.459 I.Sp. unten.

²⁹ Einheitliches Kaufgesetz, 1964.

³⁰ Einheitliches Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen, 1964.

³¹ stellvertretend für die Auseinandersetzung neben den schon gegebenen Fundstellen: Schlechtriem- Schmidt-Kessel Art.9 Rn.12 ff..

³² Staudinger- Magnus, Art.9 Rn.15.

bb) Was setzt Art. 9 Abs. 2 CISG voraus?

Die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 CISG können am Besten dargestellt werden, wenn kurz die ihm zugrunde liegenden Theorien erläutert werden. Grundsätzlich werden im Zusammenhang mit der Einbindung von Bräuchen zwei Theorien vertreten, die sogenannte subjektive und objektive Theorie. Während die subjektive Theorie eine Willensübereinstimmung für die Einbeziehung eines Brauches unbedingt voraussetzt, sagt die objektive Theorie aus, dass Bräuche mit norm-ähnlichem Charakter prinzipiell unabhängig vom Parteiwillen einbezogen werden können. Art. 9 Abs. 2 CISG ist eine Mischung der beiden Theorien.³³ Die Vorschrift fixiert dementsprechend mehrere subjektive und objektive Voraussetzungen für die Einbindung von Gebräuchen:

aaa) Subjektive Komponente

Die subjektive Komponente verlangt, dass die Parteien den Handelsbrauch kennen oder kennen müssten. Es soll hiermit ausgeschlossen werden, dass Parteien Handelsbräuche gegen sich gelten lassen müssen, die sie nicht kennen können. Diese Furcht wurde bei Schaffung des Einheitsrechts von manchen Entwicklungsländern geäußert, zum Beispiel seitens Mexiko, der früheren Tschechoslowakei oder des früheren Jugoslawiens.³⁴ Wenn man bedenkt, dass im Rahmen der Globalisierung laufend neue Länder in den internationalen Handel integriert werden, und den einzelnen Marktteilnehmern aufgrund der eigenen Unerfahrenheit die sonst marktüblichen Verhaltensweisen unbekannt sind, so scheint diese Furcht berechtigt. Man sollte sich an dieser Stelle ins Gedächtnis rufen, dass das Haager Einheitliche Kaufrecht nicht zuletzt deswegen gescheitert ist, weil es gerade von den Entwicklungsländern abgelehnt wurde.³⁵ Das in das CISG eingeführte subjektive Kriterium des Kennen oder Kennen-Müssens bezüglich der Einbindung von Gebräuchen ist also auch ein Ausdruck des Schutzes des Schwächeren, der in enger Korrelation mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (s. Art. 7 Abs. 1 CISG) steht.³⁶ Es wäre also unabhängig von Art. 9 Abs. 2 CISG treuwidrig, eine Partei an einen Brauch zu binden, den sie nicht kennen kann.

Ist beiden Parteien der Brauch bekannt, so ist die subjektive Komponente unproblematisch erfüllt. Schwieriger ist der Fall zu beurteilen, wenn die Parteien oder ein Teil von ihnen den Brauch nicht kennen. Es stellt sich an dieser Stelle die Frage: Wann hätten die Parteien den Brauch kennen müssen, obwohl sie ihn nicht kannten?

Gemeinhin wird die Frage des Kennen-Müssens regelmäßig dann positiv beantwortet, wenn die Parteien zumindest im Verbreitungsgebiet der Gebräuche ansässig sind oder sich dort in dem betreffenden

³³ Bout, Art.9 CISG II. A.: "Article 9(2) CISG is seen as a compromise between the subjective and the objective theory"; vgl. Albán, Remarks Art.9 CISG 4. lit. a.

³⁴ Honnold, DocHist S.263-264: „It should not, however, be forgotten that there would be new countries and enterprises entering the international market which would not be familiar with the usages of international trade" [S.263 unten]; BT-Drucksache 11/3076 S.42 l.Sp. unten.

³⁵ Ludwig, Vertragsschluss S.289 oben; vgl. Schlechtriem, UN-Kaufrecht Rn.2.

³⁶ Witz/Salger/Lorenz- Witz Art.9 Rn.7.

Handelszweig ständig betätigen.³⁷ Das Zivilgericht Kanton Basel-Stadt entschied dementsprechend, dass ein Handelsbrauch i.S.v. Art. 9 Abs. 2 CISG dann vorliege, wenn die Rechtsordnungen der betroffenen Staaten in dieser Frage für landesinterne Vertragsverhältnisse im Wesentlichen übereinstimmen.³⁸

Damit ist die subjektive Komponente in Form des Kennen-Müssens nicht weit von einer rein normativen und damit objektiven Geltung der Handelsbräuche entfernt. Denn wenn schon die reine Ortsansässigkeit der Parteien im Verbreitungsgebiet des jeweiligen Brauches ausreicht, um ein Kennen-Müssen des Brauches annehmen zu können, dann liegt hier offensichtlich eine Objektivierung des eigentlich subjektiven Kriteriums vor.³⁹ Damit muss auch der Unterschied zum Vorgänger des CISG, dem Haager Kaufrecht, relativiert werden (vgl. B. II. 1. b) bb)), das eine rein normative Wirkung von Gebräuchen anordnete, und nur an objektiven Kriterien gemessen wurde.

Trotz des genannten Schutzes ist es Marktneulingen daher anzuraten, sich über die branchenüblichen Gebräuche im Vorhinein zu informieren, zum Beispiel durch Nachfrage bei den entsprechenden Handelskammern, um Schwierigkeiten zu vermeiden.⁴⁰

bbb) Objektive Komponente

Nach Art. 9 Abs. 2 CISG müssen drei objektive Voraussetzungen gegeben sein, der Bezug des Brauches zum internationalen Handel, ein hoher Bekanntheitsgrad in der betreffenden Branche und die regelmäßige Beachtung des Brauches im betreffenden Verkehrskreis. Als regelmäßig beachtet und bekannt wird ein Brauch dann angesehen, wenn er von der Mehrheit der in einem Geschäftszweig tätigen Geschäftsleute anerkannt wird.⁴¹ Der Brauch muss keine internationale oder gar weltweite Verbreitung gefunden haben; es können auch lediglich lokale Bräuche erfasst sein, soweit diese im internationalen Handel etabliert sind.⁴² Das Oberlandesgericht Graz nimmt daher eine Ausnahme von der Regel des internationalen Bezugs für Gebräuche an, die an bestimmten Warenbörsen, Messen oder Ablageplätzen gelten, vorausgesetzt sie werden dort regelmäßig, auch im Geschäftsverkehr mit Ausländern, befolgt.⁴³

³⁷ Staudinger- Magnus Art.9 Rn.25.

³⁸ UNILEX P4 1991/238 Zivilgericht Kanton Basel-Stadt vom 21.12.1992.

³⁹ Holl/Kessler, RIW 1995 S.459 I.Sp. unten; Kröll/Hennecke, RabelsZ 67 S.468 oben; teilweise wird auf das subjektive Kriterium sogar scheinbar verzichtet, vgl. UNILEX 98 Civ. 861, 99 Civ. 3607 U.S District Court, S.D., New York vom 10.05.2002: "The usages and practices of the parties or the industry are automatically incorporated into any agreement governed by the Convention, unless expressly excluded by the parties."

⁴⁰ Carlsen, Remarks Art.9 CISG 3.(d): "Newcomers should therefore always make an effort to research into the applicable usages applied in a new market"; vgl. Staudinger- Magnus Art.9 Rn.22.

⁴¹ Schlechtriem- Schmidt-Kessel Art.9 Rn.16.

⁴² vgl. OGH FN 13: Hier wurde entschieden, dass die österreichischen Holzhandelsusancen Bestandteil eines Kaufvertrages zwischen einer italienischen und österreichischen Firma wurden gemäß Art.9 Abs. 2 CISG; CISG-Online 641 Oberster Gerichtshof vom 21.03.2000: In einem deutsch-österreichischen Fall, der auch den Holzhandel betraf, wurden die sog. „Tegernseer Gebräuche“ für verbindlich erklärt gemäß Art.9 Abs.2 CISG.

⁴³ UNILEX 6 R 194/95 Oberlandesgericht Graz vom 09.11.1995: „Es erscheint dem Gericht nicht ausgeschlossen, dass ein ausländischer Kaufmann, der laufend im Inland tätig ist und da selbst bereits eine Anzahl gleicher Geschäfte abgeschlossen hat, auch etwaige nationale Gebräuche gegen sich gelten lassen muss.“

Die objektiven Kriterien des Art. 9 Abs. 2 CISG sind im Einzelnen umstritten. Es wird teilweise eingewendet, dass neben dem oben genannten subjektiven Kriterium des Kennen oder Kennen-Müssens der Parteien die nochmalige objektive Prüfung des Bekanntheitsgrades des Brauches im jeweiligen Geschäftszweig überflüssig sei. Auch wird eingewandt, dass schon die Definition der Gebräuche eine regelmäßige Beachtung im jeweiligen Geschäftskreis verlangt; wenn also in Art. 9 Abs. 2 CISG von einem Brauch gesprochen wird, sei seine regelmäßige Beachtung selbstverständlich; es wäre unlogisch diese Tatsache durch eine gesonderte Prüfung der Beachtung im internationalen Geschäftskreis in Frage zu stellen.⁴⁴

Gegen diese Kritik spricht, dass durch die scheinbar doppelte Prüfung der Voraussetzungen ein weitgehender Schutz (zu Lasten der Anwendbarkeit von Gebräuchen) vor einer unbilligen Einbeziehung von Handelsbräuchen gewährt werden soll (vgl. B. I. 1. b) bb) aaa). Es ist denkbar, dass bestimmte Bräuche in manchen Ländern existieren, auch in anderen Ländern bekannt sind, aber dort nicht regelmäßig angewendet werden.⁴⁵

Die Kritik an der Prüfung des Merkmals der Beachtung erscheint allerdings angebracht. Es ist kaum vorstellbar, dass ein Brauch, den man als solchen definieren kann, und der im internationalen Verkehr bekannt ist, keine Beachtung findet. Vielmehr würde man in einem solchen Fall wohl erst gar nicht von einem Brauch sprechen.

Insgesamt sind die objektiven Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 CISG schwierig zu erfüllen. Er erfordert grundsätzlich eine Einzelfallbetrachtung.

2. Verhältnis von Art. 9 CISG zu anderen Bestimmungen des CISG

Nachdem die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 CISG erörtert wurden, soll nun das Verhältnis zu den anderen Artikeln aufgezeigt werden.

Obwohl das CISG nicht ausdrücklich den Vorrang von Gebräuchen und Gepflogenheiten regelt, wird übereinstimmend angenommen, dass die Einbeziehung derselben gemäß Art. 9 CISG sonstigen Regelungen der Konvention vorgeht.⁴⁶ Dies erscheint in Hinblick auf Art. 6 CISG, der den Parteien grundsätzlich die Abwahl von Bestimmungen der Konvention ermöglicht, konsequent (vgl. B. II.).

3. Gültigkeitsprüfung von Gebräuchen und Gepflogenheiten i.S.v. Art. 9 CISG

Die Prüfung der Gültigkeit der Gebräuche und Gepflogenheiten muss nach nationalem Recht erfolgen. Gemeint ist damit eine Inhaltskontrolle (vergleichbar der Prüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen).⁴⁷ Dies ist eine direkte Folge des Art. 4 S. 2 lit. a CISG, der die Prüfung der Gültigkeit einzelner Vertragsvorschriften sowie der Gebräuche von der Konvention ausschließt. Welches Recht im

⁴⁴ Huber, *RabelsZ* 43 S.428 mittig.

⁴⁵ Ferrari, *EuLF* 2002 S.276 I.Sp. oben.

⁴⁶ Holl/Keßler, *RIW* 1995 S.460 I.Sp. oben; Magnus, *RabelsZ* 59 S.482 unten.

⁴⁷ Karollus, *UN-Kaufrecht* S. 50 mittig.

Einzelnen einschlägig ist, ist nach dem internationalen Privatrecht zu bestimmen, wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, siehe dazu Art. 7 Abs. 2 CISG.

Die Ungültigkeit eines Brauches kann beispielsweise auf Sittenwidrigkeit, einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder Willensmängeln beruhen.⁴⁸ Auch ein unangemessener Zwang ökonomischer Natur, resultierend aus der stärkeren wirtschaftlichen Position des einen Vertragspartners, kann zur Ungültigkeit führen.⁴⁹ Allerdings muss beachtet werden, dass der Rückgriff auf nationales Recht an dieser Stelle eine nicht unerhebliche Gefahr für die einheitliche Auslegung des CISG bedeutet.

III. Gebräuche und Gepflogenheiten im Hinblick auf ergänzende Vertragsauslegung

Im Folgenden soll nun untersucht werden, inwiefern Bräuche und Gepflogenheiten dazu beitragen bzw. beitragen können, Verträge, die unter das CISG fallen, in ihren offenen Fragen ergänzend auszu-legen, um eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen.⁵⁰ Wie schon in der Einleitung erwähnt, sind Handelsbräuche und Gepflogenheiten Instrumente des internationalen Handels, diesen den Bedürfnissen der Marktteilnehmer anzupassen. Das CISG eröffnet damit unter den oben erläuterten Bedingungen die Möglichkeit der Einbeziehung von Handelsbräuchen und Gepflogenheiten. Wie sich insbesondere an der Rechtsprechung zeigt, steht dabei Art. 9 Abs. 2 CISG im Mittelpunkt.

Exemplarisch stellt diese Arbeit das sogenannte kaufmännische Bestätigungsschreiben und die INCOTERMS aufgrund ihrer internationalen Bedeutung dar, und diskutiert schließlich, ob die internationale Verbreitung der PICC und der PECL ausreicht, um sie als Handelsbrauch im Sinne des CISG ansehen zu können.

1. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben

a) Allgemeines

Im kaufmännischen Geschäftsverkehr ist es üblich, dass bei mündlichen Vertragsabschlüssen die Bedingungen und der Inhalt des Vertrages mittels eines Bestätigungsschreibens festgehalten und bestätigt werden. Als Rechtsinstitut kann dieses Schreiben Einfluss auf das Zustandekommen und den Inhalt von Verträgen haben. Dabei werden zwei Formen unterschieden: das deklaratorische und das konstitutive Bestätigungsschreiben.⁵¹

Das deklaratorische Bestätigungsschreiben gibt nur den Inhalt eines geschlossenen Vertrages wieder; es ist grundsätzlich als reines Beweismittel anzusehen.

⁴⁸ Schlechtriem, UN-Kaufrecht Rn. 34; s.a. Schmidt-Kessel ZVglRWiss 1997 S.149 oben: Auch ein Verstoß gegen Trau und Glauben soll die Verkehrssitte von einer Einbeziehung in den Vertrag abhalten.

⁴⁹ Bout, Art.9 CISG II. D.: “in international trade it is more likely that the force will result from one party being economically stronger, and therefore can enforce certain usages upon the weaker party who may be dependent on the stronger party”.

⁵⁰ Karollus, UN-Kaufrecht S.51 unten.

⁵¹ Schilf, ULR 1999 S.1005 mittig.

Ebenfalls ist es möglich, dass ein solches Schreiben den Inhalt des vorher Vereinbarten konkretisiert, ergänzt oder von ihm abweicht. Widerspricht der Empfänger nicht unverzüglich, dann gilt der Vertrag gemäß dem Inhalt des Schreibens als zustande gekommen; hierbei spricht man von einer konstitutiven Wirkung des Bestätigungsschreibens.⁵² Die Rechtsnatur dieser Form des Vertragsschlusses ist freilich umstritten, was an dieser Stelle allerdings nicht im Mittelpunkt stehen soll. Wichtig ist es festzustellen, dass im Fall des konstitutiven Bestätigungsschreibens Schweigen Zustimmung bedeutet. Die Bedeutung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens im täglichen Rechtsverkehr sollte somit nicht unterschätzt werden. Sinn und Zweck ist es, die schnelle und doch klare Anbahnung von Handelsgeschäften zu ermöglichen und zu unterstützen.⁵³

b) Bedeutung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens im CISG

Das CISG regelt nicht alle Fragen, die im Hinblick auf das Recht von internationalen Kaufverträgen auftreten können. Das oben erläuterte kaufmännische Bestätigungsschreiben ist zwar in der Rechts tradition vieler Länder verankert, fand jedoch keine explizite Regelung im Übereinkommen.⁵⁴ Wie oben festgestellt, können allerdings Handelsbräuche und Gepflogenheiten Teile der Konvention überlagern, auch die des Vertragsschlusses.

Dabei liegt das Augenmerk auf dem konstitutiven Bestätigungsschreiben. Das CISG schreibt in Art. 18 Abs. 1 S. 2 vor, dass Schweigen grundsätzlich keine rechtsgeschäftliche Zustimmung darstellt; von dieser Regel weicht das Institut des kaufmännischen Bestätigungsschreibens ab.

Die Alternative des rein deklaratorischen Schreibens mit seiner Beweisfunktion⁵⁵ wird bereits im Rahmen des Art.8 CISG bezüglich der Auslegung des Parteiverhaltens ausreichend berücksichtigt,⁵⁶ es bedarf an dieser Stelle keiner weiteren Erläuterung. Genauso besteht kein Erörterungsbedarf, wenn sich die Parteien im Sinne von Art. 9 Abs. 1 CISG auf die Anerkennung der Regeln des (konstitutiven) kaufmännischen Bestätigungsschreibens geeinigt haben.

Es stellt sich also die Frage, ob und unter welchen Bedingungen das Institut des Bestätigungsschreibens mit konstitutiver Wirkung als Handelsbrauch doch Einzug in das Übereinkommen finden kann.

aa) Lösung über das IPR

Zum Teil wird vertreten, dass in Art. 9 Abs. 2 CISG gar nicht zur Anwendung kommen sollte, um das kaufmännische Bestätigungsschreiben als Brauch anzuerkennen, sondern eine Lösung über das nach

⁵² Kröll/Hennecke, RabelsZ 67 S.451 oben.

⁵³ Thamm/Detzer, DB 1997 S.213 I.Sp. unten

⁵⁴ Magnus, ZEuP 2006 S.114 mittig.

⁵⁵ CISG-Online 258 Oberlandesgericht Frankfurt vom 05.07.1995: „Wenn damit auch für die deutschen Regeln über den Vertragsabschluß im Rahmen des internationalen Kaufrechts kein Raum ist, kann aber doch einem Bestätigungsschreiben im Rahmen der Beweiswürdigung erhebliche Bedeutung zukommen“.

⁵⁶ Schlechtriem- Schmidt-Kessel Art.9 Rn.22; vgl. Magnus, RabelsZ 59 S.483 oben: Handelsbräuche allgemein sollten [über den Wortlaut von Art.9 CISG hinaus] bei Auslegungszweifeln der Konvention zu Rate gezogen werden.

IPR jeweils anwendbare nationale Recht gesucht werden müsse.⁵⁷ Dabei wird angeführt, dass es sich bei dieser Form des alternativen Vertragsschlusses um eine externe Lücke handele, die dem CISG entzogen sei.⁵⁸ Zudem würden praktische Gründe für eine solche Annahme sprechen, denn die Bedingungen des Art. 9 Abs. 2 CISG seien zu streng. Insgesamt würde ein besserer Schutz des Schweigenden bei einem Rückgriff auf nationales Recht erreicht. Handelsbräuche allgemein würden nur zur Rechtsunsicherheit führen (vgl. A.).⁵⁹

Dem kann nicht gefolgt werden, denn ein solcher Ansatz würde letztlich die Einbindung von Bräuchen aller Art stark einschränken. Auch wird der Rechtssicherheit nicht durch einen weiteren Rückgriff auf nationales Recht gedient; ein solcher gefährdet nur die einheitliche Auslegung des CISG (vgl. B. II. 3.).⁶⁰

bb) Praxis der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung behandelt das Institut des kaufmännischen Bestätigungsschreiben ohne weitere Diskussion im Kontext zu Art. 9 Abs. 2 CISG. Durch die Häufigkeit dieses Instituts im Handelsalltag findet sich eine Reihe von Rechtsprechung zu diesem Komplex, mit sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Allgemein problematisiert wird dabei das Erfordernis der Internationalität:⁶¹

aaa) In einem Fall des Landgerichts Frankfurt vom 06.07.1994⁶² ging es um die Lieferung von Schokoladenerzeugnissen eines französischen Händlers an einen deutschen Käufer. Der Kaufvertrag wurde nach einem telefonischen Gespräch per Schreiben bestätigt, und zwar unbeding. Dem Kläger nach sollte allerdings der Vertrag die Bedingung enthalten, dass der französische Händler das Risiko des Weiterverkaufs der Schokolade trägt. Das Gericht nahm in diesem Fall zu Recht nicht an, dass etwa die deutschen Regeln zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben anwendbar seien (vgl. B I. 1.). Ein Brauch im Sinne von Art. 9 Abs. 2 CISG wurde allerdings auch verneint, mit dem Hinweis darauf, dass dieser nur in Deutschland und der Schweiz bekannt sei. Letztlich konnte der französische Kläger sein Begehren, das er auf die Anerkennung des Brauchs stützte, hier nicht durchsetzen.

bbb) Das Berufungsgericht⁶³ hat in seiner Entscheidung vom 05.07.1995 die Entscheidung des LG Frankfurt teilweise bestätigt. In Ergänzung zum LG Frankfurt wird ausgeführt, dass die Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben in den beteiligten Ländern Geltung haben müssten und man davon ausgehen müsse, dass beide Parteien die Wirkungen des Schreibens kannten. Allerdings wurde

⁵⁷ so Fogt, IPRax 2001 S.364 I.Sp. oben.

⁵⁸ Fogt, ZEuP 2002 S.585 oben; vgl. Urteil des dänischen Landgerichts Ost vom 23.04.1998, UfR 1998 S.1092 ff.: Hier wurde ein den Gerichtsstand änderndes Bestätigungsschreiben in einem nach dem CISG zu beurteilenden Vertrag ohne Rückgriff auf Art.9 Abs.2 CISG per nationalem Recht bestimmt.

⁵⁹ Fogt, IPRax 2001 S.363 I.Sp. unten ff..

⁶⁰ vgl. Schilf, ULR 1999 FN 22 ad finem.

⁶¹ Ferrari, EuLF 2002 S.276 r.Sp. mittig.

⁶² UNILEX 2/1 O 7/94 Landgerichts Frankfurt vom 06.07.1994.

⁶³ s. FN 55.

dem Kläger dieses Mal Recht gegeben, da zumindest die Beweiswirkung des Schreibens anerkannt wurde, welches das Anliegen des Klägers stützte.

ccc) In einem Fall des Zivilgerichts Kanton Basel-Stadt vom 21.12.1992⁶⁴ verkaufte eine österreichische Firma Textilware an einen Schweizer Abnehmer, der Vertrag wurde schriftlich bestätigt, ohne Widerspruch von der Gegenseite. Hier wurde festgestellt, dass in beiden Ländern die konstitutive Wirkung eines Bestätigungsschreibens anerkannt ist, und auch den Parteien bekannt sein müsse. Art. 9 Abs. 2 CISG wurde dementsprechend bejaht.

ddd) Auch in einem Fall des Europäischen Gerichtshofes befassten sich die Richter mit der Wirkung von Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr.⁶⁵ Hierbei ging es um die Änderung einer Gerichtsstandvereinbarung durch ein solches Schreiben. Der einschlägige Art. 23 Abs. 1 lit. c der europäischen Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen⁶⁶ ist mit seinem Wortlaut an den Art. 9 Abs. 2 CISG stark angelehnt; Aussagen lassen sich also leicht übertragen. Hiernach kann eine Gerichtsstandvereinbarung per Handelsbrauch bestimmt werden. In casu wurde ein mündlicher Vertrag zwischen einem deutschen und einem französischen Unternehmen bezüglich der Vermietung eines Schiffes geschlossen. In einem Bestätigungsschreiben des deutschen Unternehmens wurde der Gerichtsstand festgelegt, es erfolgte kein Widerspruch von der Gegenseite. Der EuGH bestätigt, dass ein solches Schreiben den Gerichtsstand festzulegen kann, wenn die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 lit. c EuGVO erfüllt sind. Die Definitionen des EuGH, die er für diesen Artikel angibt, decken sich mit denen des Art. 9 Abs. 2 CISG.⁶⁷ Obwohl in Frankreich das Verständnis des Rechtsinstituts des kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht vollumfänglich mit dem des Deutschen von selbigem übereinstimmt,⁶⁸ wird die Entscheidung des EuGH dahingehend aufgefasst, dass das Formerfordernis des Art. 23 Abs. 1 lit. c EuGVO dann erfüllt ist, wenn der Brauch dem Adressaten bekannt sein müsse, auch wenn er in seinem Heimatland nicht oder nicht die gleiche Geltung finde.⁶⁹

cc) Stellungnahme

Die angeführten Beispiele aus der Rechtsprechung bestätigen, dass einem Brauch, der nicht weltweit anerkannt ist, Bedeutung im Rahmen der CISG zukommen und Bindungswirkung für die Vertragsparteien entfalten kann. Die Entscheidungen interpretieren die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 CISG recht unterschiedlich. Das Urteil des Landgerichts Frankfurt und das des Basler Gerichts widersprechen sich gar; es scheint nicht einmal Einigkeit zu herrschen, wo dem kaufmännischen Bestätigungs-

⁶⁴ s. FN 38.

⁶⁵ Urteil des EuGH vom 20.02.1997: Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) ./ Les Gravières Rhénanes SARL; Rechtssache C 106-/95, Sammlung 1997 I-911.

⁶⁶ EG-Verordnung 44/2001; veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 12/01 S. 1; im folgenden EuGVO.

⁶⁷ Stöve, Gerichtsstand S.54 oben; vgl. den Tenor des Urteils FN 65, auch Absatz 23 ff..

⁶⁸ Kröll/Hennecke, RabelsZ 67 S.479 unten.

⁶⁹ Schlosser, FS Medicus S.553 oben.

schreiben welche Wirkung beigemessen wird.⁷⁰ Dabei kommt es auf diesen Punkt gar nicht so sehr an. Wenn eine Partei die Existenz eines Handelsbrauchs glaubhaft vorbringt, dann ist es Sache des Gerichts, ihn an den Voraussetzungen des CISG zu messen.⁷¹

Das themenverwandte Urteil des EuGH zeigt, dass der Brauch nicht in den Ländern existieren muss, in denen die Parteien ansässig sind. Wenn seine Verwendung in Geschäften der jeweiligen Branche üblich ist, reicht allein das aus. Auch der Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 CISG verlangt keine parallele Geltung des Brauches, sondern spricht von „weithin bekannt“.⁷²

Der überwiegende Teil der Rechtsprechung setzt sich hiermit nur unzureichend auseinander; die bloße Ansässigkeit im Verbreitungsgebiet ist für sie scheinbar das einzige relevante Kriterium, Geltung wird für die Länder beider Parteien verlangt.⁷³ Es werden rein nationale Ausprägungen des Bestätigungsschreibens miteinander verglichen, da diese den Parteien als bekannt vorauszusetzen seien. Bei Nicht-Übereinstimmen wird ein Brauch im Sinne des Art. 9 Abs. 2 CISG regelmäßig abgelehnt. Exemplarisch sei hier die schweizerische Entscheidung⁷⁴ genannt. Sie scheint die Regelungen der betroffenen Länder im Kern zu vergleichen, bejaht die konstitutive Wirkung für beide Länder, und nimmt einen Brauch im Sinne des CISG an.

Mit dieser sehr einengenden allgemeinen Sicht ist es verständlich, dass das kaufmännische Bestätigungsschreiben meist nur als Beweismittel Beachtung findet, und grundsätzlich nicht als Handelsbrauch gemäß Art. 9 Abs. 2 CISG ein konstitutives Element des Vertragsschlusses oder der Vertragsergänzung darstellt. Einzelne Autoren begrüßen diese Entwicklung; sie betonen, dass es schwierig bis unmöglich sei, grenzüberschreitend für die rechtliche Reichweite des kaufmännischen Bestätigungsschreibens einen einheitlichen Rahmen zu finden; es drohe eine Aushöhlung der einheitlichen Auslegung der CISG durch die Zersplitterung in der nationalen Anwendung des Instituts.⁷⁵ Wenn man sich die Realität der Rechtsprechung vor Augen führt, scheint diese Ansicht nicht abwegig.

2. INCOTERMS

Desweiteren soll nun auf die INCOTERMS im Rahmen des Art. 9 Abs. 2 CISG eingegangen werden. Die INCOTERMS sind eine Sammlung von 13 Klauseln, die auf einfache Art und Weise die Bedingungen für die technische Durchführung des Transportes von Waren regeln, zum Beispiel den Zeitpunkt des Gefahrübergangs oder die Pflicht zu einer Transportversicherung. Sie werden in der mittlerweile sechsten Revision aus dem Jahr 2000 von der Internationalen Handelskammer veröffentlicht.⁷⁶

⁷⁰ eine Zusammenstellung diesbezüglich findet sich in Kröll/Hennecke, RabelsZ 67 S.477 ff..

⁷¹ Staudinger- Magnus Art.9 Rn.33: Nachweis des Brauches oder der Gepflogenheit obliegt der sich auf sie berufenden Partei, zum Beispiel durch Sachverständigengutachten; Lurger, IHR 2005 S.181 I.Sp. unten.

⁷² vgl. Honnold, Uniform Law Art.9 Rn.120.1.

⁷³ Kröll/Hennecke, RabelsZ 67 S.490 mittig.

⁷⁴ s. FN 38.

⁷⁵ Ludwig, Vertragsschluss S.358 oben.

⁷⁶ s. FN 8.

In rechtlicher Hinsicht ist streitig, inwiefern ihre Geltungsgrundlage auf einer Anerkennung als Brauch oder vielmehr in der Verwandtschaft zu allgemeinen Geschäftsbedingungen zu finden ist. Für eine Einordnung als Handelsbrauch spräche, dass die Parteien im Regelfall das Regelwerk der INCOTERMS nicht austauschen, im Gegensatz zu ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es wird vielmehr erwartet, dass sich die Gegenseite ihre Bedeutung selbständig aneignet.⁷⁷

Einigen sich die Parteien i.S.v. Art. 9 Abs.1 CISG explizit auf die Einbeziehung der INCOTERMS, und wählen sodann eine Klausel aus (vgl. B. III. 1. b)), ist der Fall unproblematisch. Wichtigkeit erlangt die mögliche Einordnung der INCOTERMS als Handelsbrauch dann, wenn sich auf eine der Klauseln bezogen wird, aber ohne Nennung des Bezugs zum Gesamtregelwerk.

Problematisch ist hier die regelmäßige Beachtung innerhalb des betreffenden Geschäftszweigs⁷⁸ (vergleichbar mit der Problematik des kaufmännischen Bestätigungsschreibens). Es wird vorgebracht, dass sich auch in den American Foreign Trade Definitions (die auch in asiatischen Ländern benutzt werden) den INCOTERMS ähnliche Definitionen finden ließen, und man keine Art von Rangfolge zwischen den Rechtsquellen aufstellen könne;⁷⁹ eine Einbeziehung als Brauch im Sinne von Art. 9 Abs. 2 CISG wäre im Einzelfall schwierig.

Die internationale Rechtsprechung zu diesem Problem ist im Vergleich zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben recht eindeutig, insbesondere die neuere:

In einem Urteil eines New Yorker Gerichts⁸⁰ wurde eine CIF (cost, insurance, freight) -Lieferung in einem deutsch-amerikanischen Kaufvertrag über medizinische Geräte vereinbart, ohne explizite Nennung der INCOTERMS. Das Gericht erkannte dennoch ihre Geltung als internationaler Handelsbrauch gemäß Art. 9 Abs. 2 CISG an; es bezog sich dabei auf ein Urteil des Bundesgerichtshofes.⁸¹ In diesem Urteil wurde eine FOB (free on board) -Klausel anhand der INCOTERMS ausgelegt, weil diese eine gleichnamige Klausel enthalten. Andere Entscheidungen haben eine tragfähigere Begründung, beispielhaft sei die des District Court Houston angeführt. In diesem Fall⁸² wurde ein Kaufvertrag zwischen einem chinesischen und amerikanischen Händler über Explosivstoffe geschlossen, mit Bezug auf die CIF-Klausel. Abermals war kein Hinweis auf die INCOTERMS zu finden. Das Gericht verwies darauf, dass die INCOTERMS die dominierende Quelle von Standard-Beförderungsbedingungen im internationalen Handel seien. Somit sei ihre Beachtung im internationalen Handelsverkehr derart weit verbreitet, dass sie ohne weiteres als Handelsbrauch Geltung finden würden, auch ohne eine explizite Einigung der Parteien.

Wenn nun schon US-amerikanische Gerichte die Dominanz der Definitionen der INCOTERMS einräumen gegenüber ihren eigenen Foreign Trade Definitions⁸³, dann kann wohl festgestellt werden,

⁷⁷ Piltz, Review CISG S.43 mittig.

⁷⁸ Schlechtriem- Schmidt-Kessel Art.9 Rn.26.

⁷⁹ vgl Piltz, Review CISG S.46 oben.

⁸⁰ UNILEX 00 Civ. 9344 U.S. District Court, S.D., New York vom 26.03.2002.

⁸¹ Bundesgerichtshof vom 18.06.1975 in RIW 1975 S.578.

⁸² UNILEX Civ. A. H-04-0912 U.S. District Court, Southern District, Texas, Houston Division vom 07.02.2006

⁸³ vgl. § 1-201 Uniform Commercial Code; Fundstelle im Internet: <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/article1.htm#s1-201>.

dass die INCOTERMS grundsätzlich als Handelsbrauch im Sinne von Art. 9 Abs. 2 CISG angesehen werden können. Die für die INCOTERMS typischen Klauseln können auch ohne bestimmten Bezug im Vertrag gemäß ihrer Vorgaben ausgelegt werden.

3. Bedeutung der PECL und PICC für Art. 9 CISG

Die Funktion der Regelwerke PECL und PICC liegt grundsätzlich gemäß Art. 1:101 Abs.4 PECL bzw. nach der Präambel der PICC darin, dass diese dann anzuwenden sind, wenn das an sich anzuwendende Recht keine Antwort auf ein Rechtsproblem bietet. Desweiteren sollen die PECL und PICC als Auslegungshilfe dienen. Schließlich wurden sie geschaffen, um den internationalen Handelsverkehr zu vereinfachen.⁸⁴ In diesem Punkt stimmen die PECL und PICC mit der Idee der Integration von Handelsbräuchen überein. Als Beispiel soll wieder das kaufmännische Bestätigungsschreiben dienen: Seine Einbindung als „internationalisierter“ Brauch gestaltet sich schwierig. Sowohl die PICC (Art. 2.1.12) als auch die PECL (Art. 2:210) enthalten demgegenüber jedoch eindeutige Vorschriften hierzu. Es liegt der Schluss nahe, auf diese Regelwerke zurückzugreifen, um Lücken des CISG zu füllen. Inwieweit dies im Rahmen des Art. 7 Abs. 2 CISG über die allgemeinen Grundsätze denkbar ist, ist an dieser Stelle nicht zu berücksichtigen.⁸⁵

Die Bedeutung von Regelwerken wie den PICC und den PECL haben in den letzten Jahren zugenommen; insbesondere Schiedsgerichte greifen zur Vertragsergänzung in ihren Entscheidungen vermehrt auf sie zurück.⁸⁶

Wie beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben oder den INCOTERMS liegt auch hier das Problem bei der objektiven Komponente des Art. 9 Abs. 2 CISG.

Die PECL und PICC sind aus verschiedenen Rechtsordnungen, internationalen Übereinkommen und anderen nichtstaatlichen Quellen heraus entstanden;⁸⁷ insgesamt haben sie hybriden Charakter, teilweise basieren sie auf Handelsbräuchen, teilweise enthalten sie dem internationalen Handel unbekannt Bestimmungen.⁸⁸ Vollumfänglich kann ihnen also nur schwer eine Geltung als Handelsbrauch zuzusprechen sein. Es sollte hierbei auch bedacht werden, dass eine vollständige Anerkennung als Brauch prinzipiell bedeuten würde, dass das CISG über einen Umweg mit umfangreichem Vertragsrecht aufgeladen würde, was kaum dem Sinn und Zweck des Art. 9 CISG entspricht.

Bei einer weiter ansteigenden Bedeutung von nichtstaatlichen Rechtsquellen wie den PICC oder den PECL ist jedoch mittelfristig zu erwarten, dass zumindest einzelne Bestimmungen den Rang eines Handelsbrauches i.S.v. Art. 9 Abs. 2 CISG einnehmen werden.⁸⁹

⁸⁴ Frick, RIW 2001 S.417 mittig.

⁸⁵ vgl. hierzu Ferrari, JZ 1998 S.11 unten ff.; Bonell, ULR 1996 S.34 unten ff..

⁸⁶ z.B. UNILEX 229/1996 International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation vom 05.06.1997: Hier wurden in einem CISG-regierten Vertrag die PICC gemäß Art. 9 Abs. 2 CISG herangezogen;

⁸⁷ Frick, RIW 2001 S.417 mittig.

⁸⁸ Schilf, ULR 1999 S.1008 oben.

⁸⁹ Kröll/Hennecke, RabelsZ 67 S.492 mittig.

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt müssen den Parteien, die sich auf die PICC oder PECL im Streitfall beziehen wollen, ohne dies bei Vertragsschluss zu implementieren, weitere Nachweise abverlangt werden, damit das objektive Kriterium des Art. 9 Abs. 2 CISG erfüllt werden kann.⁹⁰

C. Schlussbemerkung

Als Ergebnis dieser Arbeit ist festzustellen, dass Handelsbräuche und Gepflogenheiten trotz der fortschreitenden Rechtsvereinheitlichung einen festen Platz im internationalen Handel haben. Das CISG wird dieser Tatsache insbesondere durch Art. 9 gerecht. Dennoch zeigt sich eine gewisse Ambivalenz: Sobald eine Parteivereinbarung vorliegt oder erschlossen werden kann, treten Probleme allenfalls bei der Feststellung des genauen Inhalts einer Gepflogenheit, des Brauches oder der nach nationalem Recht stattzufindenden Gültigkeitsprüfung auf. Fehlt allerdings eine Parteivereinbarung, dann ist die Einbeziehung eines Brauches sehr problematisch; die in Art. 9 Abs. 2 CISG vorgegebenen Kriterien sind nur schwer zu erfüllen, der Anwendungsbereich der Bestimmung scheint sehr eng. Im Hinblick auf die Rechtsprechung gerade zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben wird dieser Eindruck weiter verschärft. Die Gerichte neigen dazu, die nationalen Vorstellungen auf das internationale Umfeld zu projizieren, und scheinen sich nur allmählich von dieser Vorstellung lösen zu können. Oftmals wird die Entscheidung schließlich im Rahmen der Auslegung so getroffen, dass praktisch wieder der nationale Bedeutungsinhalt eines Brauches zur Anwendung zu kommen scheint.

Bezüglich der weiteren Entwicklung bleibt abzuwarten, wie sich vor allem die staatlichen Gerichte bereit zeigen, auch nichtstaatliches Recht in ihre Entscheidung einfließen zu lassen, wenn es gegebenenfalls zu praktikableren und nachvollziehbareren Ergebnissen führt. Dabei muss allerdings ein waches Auge auf den Verbreitungsgrad dieser Rechtsquellen gerichtet werden. Momentan ist dieser im Hinblick auf die PICC und PECL zu verneinen.

⁹⁰ Schilf, ULR 1999 S.1008 mittig.