



# The European Legal Forum

## Forum iuris communis Europae

2-2003

S. 61 - S. 120

3. Jahrgang März/April 2003

---

INTERNATIONALES UND EUROPÄISCHES HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

---

### Die Vereinbarung und Auslegung von FRANCO-Lieferklauseln beim CISG-Kauf

#### Zugleich Vorüberlegungen zur Reform des Teil II des CISG und zur begrenzten Rücknahme nordischer Vorbehalte zum CISG

Zur Entscheidung des dänischen Højesteret vom 15. 2. 2001

Morten M. Fogt LL.M.\*

#### I. Einleitung

Das erste Urteil des dänischen Højesteret zum UN-Kaufrecht (CISG) vom 15. 2. 2001<sup>1</sup> wirft einige wichtige und interessante Fragen auf, die nicht nur prozessuale, sondern insbesondere materiellrechtliche Probleme der Vereinbarung und Auslegung von Lieferklauseln in der internationalen Handelspraxis betreffen.<sup>2</sup> Gegenstand der Entscheidung ist ein dänisch-italienischer Fall über die Lieferung von Naturgasrohren zum Weiterverkauf nach Norwegen. Im Mittelpunkt steht die Frage nach der Vereinbarung und Auslegung einer FRANCO-Lieferklausel, die in der Rechtsprechung zum CISG uneinheitlich beantwortet wird. Bemerkenswerterweise hat der BGH im Jahr 1996 einen fast identischen Fall, in dem es ebenfalls um eine FRANCO-Klausel ging, anders entschie-

den.<sup>3</sup> Nicht nur das schwierige Zusammenspiel zwischen Gepflogenheiten und Gebräuchen einerseits *und* einer international üblichen Auslegung von Lieferklauseln nach den INCOTERMS andererseits wird deutlich, auch die Anwendbarkeit des CISG, Fragen nach der Reichweite des Vertragsstatuts und der nordische Vorbehalt zum Teil II des CISG gemäß Art. 92 kommen ins Spiel. Die Entscheidung bietet deshalb eine gute Gelegenheit, diese Fragen zu besprechen und die verschiedenen Lösungsansätze zu bewerten.

Hinsichtlich des Vertragsschlussteils II zeigt die Entscheidung des Højesteret nochmals die Bedeutung der alternativen Formen des Vertragsschlusses auf, insbesondere bei der Vereinbarung so wesentlicher Vertragsbedingungen wie Lieferklauseln. Das CISG enthält nur in Art. 19 Abs. 2 CISG eine sehr begrenzte Regel und schweigt sonst zu diesen praktisch wichtigen Fragen. Die Lösungen, die in Theorie und Rechtsprechung zur Lückenfüllung vorgeschlagen werden, sind unsicher und uneinheitlich. Es ist für UNCITRAL deswegen an der Zeit, die notwendige Modernisierung des Teils II anzusteuern, soll sich die weitere Entwicklung nicht außerhalb der Bahnen des CISG oder zwar innerhalb dieser, aber auf eine uneinheitliche Weise bewegen. In diesem Licht sollte die somit nur teilweise berechtigte Aufforderung zu sofortiger Rücknahme des nordischen Vorbehalts zum Teil II CISG gemäß Art. 92 CISG gesehen werden.

#### II. Ausgangspunkt der Entscheidung und die Streitfragen

Ausgangspunkt der Entscheidung des Højesteret war die Frage nach der Zuständigkeit am Erfüllungsort gemäß Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ in der Konstellation, in der ein Käufer Scha-

\* Dozent an der EuroFaculty, Universität Vilnius (LT); zudem befähigt zur Tätigkeit als Advokat in Dänemark und Rechtsanwalt in Deutschland.

<sup>1</sup> Højesteret (Höchstgericht) (DK) 15. 2. 2001 – *Damstahl A/S/A.T.I. s.r.l.*, UfR 2001.1039 Højesteret Dom (HD), m. Anm. *Hertz/Lookofsky*, CISG og værneting I UfR 2001.1039 H, UfR 2001 Litterær afdeling B (B), S. 588 ff., abrufbar unter: [www.cisg.dk](http://www.cisg.dk) (Stand: 21. 3. 2003); kurze Anm. unter <http://cisgw3.law.pace.edu/cases> (Stand: 21. 3. 2003) und [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (Stand: 21. 3. 2003). Vgl. zur Entscheidung auch *Bernstein/Lookofsky*, *Understanding the CISG in Europe*, 2. Aufl., Den Haag/London/New York (NL/GB/USA), 2002, § 4-2, S. 71, § 4-3, S. 74.

<sup>2</sup> Das Højesteret (DK) hatte einige Monate zuvor bei einem dänisch-deutschen Fall in der Entscheidung vom 1. 11. 2000 – *Gastrolux GmbH/Pyrolux Production*, UfR 2001.260 HD, abrufbar unter: [www.cisg.dk](http://www.cisg.dk), die Gelegenheit gehabt, zur Sachmängelhaftung nach Art. 35 iVm Art. 25 CISG Stellung zu nehmen. Obwohl die einzelnen Kaufgeschäfte im Rahmen des Vertragshändlervertrages gem. Art. 1 lit. a CISG eindeutig dem Teil II des CISG unterfallen mussten und beide Parteien vor Gericht auf das CISG verwiesen hatten, nahmen weder das Højesteret (DK) noch die Vorinstanz für die Frage der Aufhebung des Händlervertrages Bezug auf das einheitliche Kaufrecht. Zusätzlich enthielt auch der Händlervertrag unmittelbare kaufrechtliche Bestimmungen über die Rüge-, Gewährleistungs- und Rücknahmepflicht des Verkäufers, für welche das CISG Bedeutung haben könnte, vgl. dazu *Magnus*, in: *Staudinger* (Hrsg.), BGB-CISG, Neubearbeitung, Berlin (D), 1999, Art. 1 CISG, Rn. 37.

<sup>3</sup> BGH (D) 11. 12. 1996, ZIP 1997, S. 519; zu dieser Entscheidung siehe auch unten VII.

densersatz wegen Mängeln an den Waren geltend macht. Streitige Verpflichtung im Sinne des Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ war deswegen die (mangelhafte) Lieferung und nicht, wie in vielen anderen Entscheidungen zum CISG, die nichterfolgte Zahlung.<sup>4</sup> Für die Bestimmung des Lieferortes als Erfüllungsort lag eine klare Vereinbarung der Parteien nicht vor. Drei wesentliche Fragen waren deshalb zwischen den Vertragsparteien im Zusammenhang mit den Lieferbedingungen streitig, und zwar der Inhalt des Kaufvertrags, das Vorhandensein einer bisherigen Praxis sowie die Auslegung der Lieferklauseln.

Erstens bestand zwischen den Parteien Streit über eine möglicherweise bindende Wirkung des Schweigens auf das kaufmännische Bestätigungsschreiben des italienischen Verkäufers und die Geltung einer von ihm darin angegebenen Lieferklausel. Die Bedeutung des nordischen Vorbehalts nach Art. 92 CISG wurde vom Højesteret dabei leider nicht angesprochen, und auch nach einer Stellungnahme zur Wirkung eines Bestätigungsschreibens im CISG sucht man vergeblich. Gerade eine konstitutive Wirkung des Schweigens auf das Bestätigungsschreiben hätte nämlich zur Nichtanwendung der dänischen Lieferklausel, die im Angebot den Erfüllungsort am Sitz des Käufers vorgesehen hatte, und statt dessen zur Maßgeblichkeit der italienischen FRANCO-Lieferklausel im Bestätigungsschreiben geführt. Eine klärende Stellungnahme des Højesteret wäre deshalb sehr wünschenswert gewesen (unten IV.-V.).

Zweitens war die Bedeutung der bisherigen und späteren Praxis der Parteien betreffend des Lieferortes streitig. Der Käufer behauptete eine bindende Wirkung von Gepflogenheiten der Parteien im Sinne des Art. 9 CISG hinsichtlich eines Lieferortes an seinem Sitz in Dänemark, indem er dies mit Zeugenaussagen und anderen gelieferten Waren zu belegen versuchte (unten VI.).

Drittens war die Bedeutung der Lieferklausel „F.CO DOMIC. NON SDOG“, d.h. *franco domicili non sdognato*, zwischen den Parteien umstritten, was zum Teil auf einem voneinander abweichenden nationalen Rechtsverständnis beruhte. Entscheidungserheblich für die Feststellung des Gerichtsstands war also, welche Wirkung das Schweigen auf das Bestätigungsschreiben hat und nach welchem Sachrecht die geltende Lieferklausel auszulegen ist, nach allgemeinen Grundsätzen des CISG, anhand der INCOTERMS oder nach dem Vertragsstatut (*in concreto* somit entweder nach dänischem oder italienischem Recht). Das Højesteret folgte eindeutig der letzten Variante (unten VII.).

### III. Sachverhalt und die Entscheidung

Im vorliegenden Fall ging es um einen 1992 getätigten Verkauf von säurefesten und rostfreien (*syrefaste og rustfrie*) Naturgasrohren eines italienischen Verkäufers an einen dänischen Käufer. Die Parteien unterhielten seit 1981/82 ständige Geschäftsbeziehungen. Die Gasrohre sollten zum Bau einer Gas-

anlage in Norwegen verwendet werden und wurden von einem norwegischen Bauunternehmen bei der norwegischen Tochtergesellschaft des Käufers bestellt, die von der dänischen Muttergesellschaft beliefert werden sollte. Im Ausgangspunkt handelte es sich somit zunächst um einen rein inländischen, norwegischen Kauf, der durch das Hinzutreten der Muttergesellschaft dann zu einem internationalen Kauf zwischen Parteien aus den zwei nordischen CISG-Staaten Dänemark und Norwegen wurde; wegen des Vorbehalts gemäß Art. 94 CISG wäre dieser nach den allgemeinen Regeln des IPR zu entscheiden gewesen.

Der Bestellung des dänischen Käufers vom 14. 1. 1992 per Telex ging ein Angebot des Verkäufers vom 10. 1. 1992 per Telex und eine telefonische Besprechung vom 13. 1. 1992 voraus. In der Bestellung per Telex wurde vom dänischen Käufer als Lieferort Dänemark benannt (*levering: franko Skanderborg*, Lieferung: Franko nach Skanderborg (DK)) und gleichzeitig ein Bestätigungsschreiben des Verkäufers erbeten. Dieses traf am 16. 1. 1992 ein, versehen allerdings mit der vorgedruckten Lieferklausel „F.CO DOMIC. NON SDOG“ (Franco Domicil, geliefert unverzollt) unter der Überschrift „PORTO PORT“. Auf das Bestätigungsschreiben und die dort enthaltene, vom Wortlaut der eigenen abweichende Lieferklausel reagierte der Käufer nicht. Die abweichende Klausel wurde vom italienischen Verkäufer in der Rechnung vom 24. 3. 1992 und noch einmal im Auftragsschreiben an den Transporteur vom selben Tag wiederholt, jeweils ohne, dass der Käufer Einwendungen erhoben hätte.<sup>5</sup> Einen anderen Wortlaut hatten die Lieferbedingungen aber in der Rechnung, die der italienische Transporteur dem Verkäufer überreichte, in der es hieß „EXPORT PER 8660 SKANDERBORG (...) RESA: DDU NON SDOGANATO“.

Bei einer späteren Lieferung von anderen Rohren hatte der dänische Käufer in einer Bestellung vom 17. 11. 1992 beim italienischen Verkäufer *Delivery: free Skanderborg, packing incl.* ausbedungen, was der Verkäufer am 1. 12. 1992 mit „CONDITION AS USUAL“ bestätigte. Laut Zeugenaussage eines Angestellten des Verkäufers folgte dieser handgeschriebenen Bestätigung noch eine weitere, in der wieder die übliche italienische FRANCO-Klausel „F.CO DOMIC. NON SDOG“ verwendet wurde.

Die Gasrohre wurden also von einem durch den Verkäufer bestellten selbständigen Transporteur von Italien in Richtung Sitz des Käufers in Dänemark transportiert und dort schließlich im Mai 1993 abgeliefert. Einige Zeit nach dem Weiterverkauf und der unterirdischen Ingebrauchnahme der Gasrohre in Norwegen entstanden Leckagen. Der dänische Kläger klagte gemäß Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ vor dem dänischen Landgericht West auf Feststellung, dass der Verkäufer zur Erfüllung des gegen die norwegische Tochtergesellschaft in Norwegen mittlerweile gerichtlich geltendgemachten Schadensersatzanspruchs verpflichtet sei; diese Schadensersatzverpflichtung hatte der dänische Käufer für seine Tochtergesellschaft in der Zwischenzeit übernommen. Nach Auffassung des Käufers war die jütländische Stadt Skanderborg als Erfüllungsort vereinbart worden. Der italienische Verkäufer als Beklagter bestritt die internationale Zuständigkeit der dänischen Gerichte

<sup>4</sup> Vgl. zur Anwendung des Art. 57 CISG folgende dänische Urteile: Landgericht Ost (DK) 22. 1. 1996, UfR 1996.616 Østre Landsrets Dom (ØLD); Landgericht Ost (DK) 23. 4. 1998, UfR 1998.1092 ØLD, s. Fogt, Gerichtsstand des Erfüllungsortes bei streitiger Existenz des Vertrages, Anwendbarkeit des CISG und alternative Vertragsschlussformen, IPRax 2001, S. 358 ff.; Amtsgericht Randers (DK) 4. 4. 2000, aus anderen Gründen geändert vom Landgericht Ost (DK) 4. 12. 2000, UfR 2001.713 ØLD, m. Anm. Fogt, Einheitlicher Vertrag oder Aufspaltung gemäß Art. 3 Abs. 2 CISG bei einem Mietkauf, IPRax 2003 (demnächst).

<sup>5</sup> Dort war angegeben: „Condizioni resa: F.CO DOM. NON SDOG“, UfR 2001, S. 1042.

und war damit sowohl vor dem Landgericht West als auch vor dem Højesteret erfolgreich.

Im Ergebnis hielt das Højesteret die im Bestätigungsschreiben des Verkäufers enthaltene FRANCO-Lieferklausel aufgrund des anschließenden Schweigens des Käufers für zwischen den Parteien vereinbart. Die Klausel wurde nach dem Vertragsstatut, d.h. nach italienischem Recht ausgelegt. Danach stellte sie nur eine Kostenregelung für den Transport dar, während der Lieferort nach den Regeln des CISG zu bestimmen gewesen sei, nach denen der Ort der Übergabe der Waren an einen vom Verkäufer bestellten selbständigen Transporteur maßgebend ist, Art. 31 lit. a CISG. Damit lag der Lieferort in Italien, und die dänischen Gerichte waren nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ nicht international zuständig.

In prozessualer Hinsicht ist die Entscheidung ein klarer Beleg für die von der h.M. vertretene und von der Rechtsprechung zum CISG vielfach bestätigte Maßgeblichkeit des Art. 31 lit. a CISG bei der Feststellung des Gerichtsstands des Erfüllungsorts, welcher sich danach am Ort der Übergabe der Waren an einen selbständigen Transporteur befindet. Die vom Højesteret entschiedene Frage über eine vertragliche und gesetzliche Festlegung des Lieferortes beim Verkauf beweglicher Sache ist zwar im Rahmen des heute nur noch für Dänemark geltenden Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ behandelt worden, will aber künftig nach Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO Bedeutung erhalten. Denn der Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO definiert einen vereinheitlichten Erfüllungsort *am Lieferort* und lässt ausdrücklich eine vertragliche Bestimmung z.B. durch eine FRANCO-Klausel zu.

#### IV. Der nordische Vorbehalt nach Art. 92 CISG und der unvollständige Teil II des CISG

Die Frage nach der Wirkung des nordischen Vorbehalts nach Art. 92 CISG stellt sich immer, wenn ein Gericht einen internationalen Kauf nach den Regeln des CISG zu entscheiden hat und die Niederlassung einer Partei in einem nordischen Vorbehaltstaat liegt.<sup>6</sup> Die Wirkung des Vorbehalts wird selbst von den nordischen Gerichten nicht immer klar erörtert und von einigen ausländischen Gerichten zum Teil sogar schlichtweg übersehen.<sup>7</sup> Auch in der vorliegenden Entscheidung erwähnt leider weder das Landgericht West noch das Højesteret den nordischen Vorbehalt auch nur mit einem Wort.

##### 1. Die Nichtanwendung des nordischen Vorbehalts gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG

Zur Anwendung kommt das CISG im konkreten Fall wegen des Vorbehalts in Art. 92 CISG jedenfalls im Ausgangspunkt nur eingeschränkt nach Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG. Ob die Vertragschlussregeln des Teils II trotz des Vorbehalts nach

Art. 92 dennoch Anwendung finden konnten, hing gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG vom Vertragsstatut und deshalb vom dänischen IPR ab.<sup>8</sup> Die Vertragsparteien hatten keine Rechtswahl getroffen. Deshalb galt die Vermutung nach Art. 4 Abs. 2 EVÜ (Art. 28 Abs. 2 EGBGB); das Recht am Sitz des Verkäufers als derjenigen Partei, die die charakteristische Leistung zu erbringen hatte, war anzuwenden. Im Prozess bestand dementsprechend unter den Parteien Einigkeit darüber, dass italienisches Recht als das Recht am Sitz des italienischen Verkäufers Vertragsstatut war. Das CISG war somit gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG insgesamt anwendbar, weil Italien einen Vorbehalt zum CISG nicht erklärt hat.<sup>9</sup>

Der Teil II des CISG regelt aber nur das überkommene, klassische Modell des Vertragsschlusses durch Angebot und Annahme. Anderen, moderneren Formen des Vertragsschlusses trägt er zumindest nicht direkt Rechnung, und wenn, dann doch nur sehr unzureichend.<sup>10</sup> Der Vertragsschluss oder die Vereinbarung zusätzlicher, oft als AGB in vorformulierten Vertragsformularen enthaltenen Vertragsklauseln kraft konkludenten Verhaltens oder Schweigens ist im Teil II des CISG nicht ausdrücklich geregelt, weil über diese Fragen bei den Verhandlungen des CISG keine Einigkeit erzielt werden konnte.<sup>11</sup> Das Schweigen stellt gemäß Art. 18 Abs. 1 CISG grundsätzlich keine Annahme dar, kann aber wie alle anderen erheblichen Umstände als sonstiges Verhalten für die Auslegung gemäß Art. 8 Abs. 1 und Abs. 3 CISG Bedeutung haben.<sup>12</sup> Eine generelle Regelung für die Wirkung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben jedenfalls ist im CISG zweifelsohne nicht enthalten.

##### 2. Aufforderung zur Überarbeitung des Teils II des CISG durch UNCITRAL

Nach über 20 Jahren, die seit dem Abschluss der Arbeiten zur Vereinheitlichung des Kaufrechts in Wien vergangen sind, drängt sich wie oben angedeutet ernsthaft die Frage auf, ob nun nicht endlich mit der mehr als jemals zuvor notwendigen Überarbeitung des Teils II des CISG durch UNCITRAL begonnen werden sollte.<sup>13</sup> Ansonsten droht nämlich, dass sich

<sup>6</sup> Dies sind Dänemark, Finnland, Norwegen, und Schweden. Überraschend hat Island bei der Ratifikation des CISG am 10. 5. 2001 (mit Inkrafttreten am 1. 6. 2002) den Vorbehalt nicht erklärt.

<sup>7</sup> Vgl. Entscheidung des Landgerichts Ost (DK) 4. 12. 2000, UfR 2001.713 ØLD, m. Anm. Fogt (oben Fn. 4), IPRax 2003; zur fehlenden Beachtung des Vorbehalts von deutschen Gerichten Fogt, Rettidig reklamation og ophævelse af købeaftale efter CISG, UfR 2002 B, S. 129 ff. (132), Fn. 10; ders., Rechtszeitige Rüge und Vertragsaufhebung bei Waren mit raschem Wertverlust nach UN-Kaufrecht, ZEuP 2002, S. 580 ff. (587), Fn. 22.

<sup>8</sup> So zutreffend Landgericht Ost (DK) 23. 4. 1998, UfR 1998.1092 ØLD, m. Anm. Fogt, Inapplicabilité de la réserve de l'article 92 de la Convention de Vienne, Recueil Dalloz somm. 1999, S. 360; ders., IPRax 2001 (oben Fn. 4), S. 358; Hertz/Lookofsky, CISG del II og værneting i UfR 1998.1092 ØLK, UfR 1999 B, S. 6-10; Lookofsky, Alive and Well in Scandinavia: CISG part II, JL & Com. 1999, S. 289-299; ebenfalls zustimmend Krusinga, Het toepassingsgebied van het Weenskoopverdrag: door de Deense Østre Landsret wordt aan het voorbehoud in de zinvan artikel 92 een beperkte werking toegekend, NIPR 2001, S. 40 ff.

<sup>9</sup> So auch Hertz/Lookofsky (oben Fn. 8), UfR 2001 B, S. 558 ff. (559).

<sup>10</sup> Vgl. zum UNCITRAL-Entwurf von 1978 Huber, Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, RabelsZ 1979, S. 413 ff. (449).

<sup>11</sup> Zur Entstehungsgeschichte vgl. etwa Huber (oben Fn. 10), S. 447 f.; Fogt (oben Fn. 4), IPRax 2001, S. 358 ff. (362-363).

<sup>12</sup> Vgl. zur Vereinbarung einer erstmals in der Annahmeerklärung enthaltenen Schiedsklausel kraft Schweigens nach ausführlichen Vorverhandlungen District Court S.D.N.Y. (USA) 14. 4. 1992 – *Filanto SpA/Chilewich International Corp.*, 789 Fed. Supp., S. 1229 (1240); dazu Magnus, Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts, ZEuP 1993, S. 87; zu stillschweigende Modifikation des Inhaltes des Vertrages kraft konkludenten Verhaltens s. Cass. (I) 27. 1. 1998, m. Anm. Witz, Recueil Dalloz somm. 1998, S. 312 (313).

<sup>13</sup> Zur wünschenswerten Reform des Teils II des CISG hinsichtlich der alternativen Vertragsschlussformen vgl. Fogt (oben Fn. 4), IPRax 2001, S. 358 ff. (364).

die Rechtsprechung zu den modernen Formen des Vertragschlusses im einheitlichen Kaufrecht auf Grund fehlender Regelungen auseinanderentwickelt.<sup>14</sup> Insbesondere die von der h.M. im Anschluss an das Haager Kaufrecht (EAG) von 1964 vorgeschlagene Lösung der „internen Lückenfüllung“ offener Fragen des Teils II des CISG scheint nicht überzeugend und wird zudem auch der internationalen Praxis nicht gerecht.<sup>15</sup> So kann es selbst in eng miteinander verwandten Ländern desselben Rechtskreises zu fehlerhaften Schlussfolgerungen kommen, wenn im Rahmen des Art. 9 CISG eine rechtsvergleichende Feststellung geltender Handelsbräuche gefordert wird.<sup>16</sup>

Die Rechtsvereinheitlichung dieser Fragen des Kauf- und Vertragsrechts im CISG ist im Jahre 1980 schlicht und einfach nicht weit genug gegangen. Für weitere Schritte der Harmonisierung zeigen zum Teil nationale Kaufrechtskodifikationen, wie Art. 2-204 des *Uniform Commercial Code (UCC)*,<sup>17</sup> insbesondere aber die *UNIDROIT Principles (UP)* und die *Principles of European Contract Law (PECL)* einen möglichen Weg auf.<sup>18</sup>

### 3. Anlass zur begrenzten Rücknahme der nordischen Vorbehalte zum CISG

Eine solche Reformarbeit des Teils II des CISG durch UNCITRAL, unter Einbeziehung anderer Teile des CISG oder auch ohne, könnte für alle Vorbehaltsstaaten Anlass genug sein, ihre Vorbehalte endlich rechtspolitisch zu überdenken und in der Sache nochmals zu bewerten. Auf alle Fälle überfällig für eine Rücknahme ist der sog. nordische Nachbarvorbehalt gemäß Art. 94 CISG im Verhältnis zu Dänemark, wonach das gesamte CISG zwischen den nordischen Staaten nicht gilt. Denn nach dem Erlass einiger neuer Kauf-

rechte stellen die nordischen Kaufrechte mittlerweile keine einheitliche Regelung im nordischen Rechtsraum mehr dar.<sup>19</sup> Nach der ersten inhaltlich ähnlichen Kodifikation des Kaufrechts in Finnland 1987 und den neuen Kaufrechten Norwegens von 1988 und Schwedens von 1991 haben sich diese Staaten von der Position Dänemarks entfernt, welches das alte nordische Kaufrecht beibehalten hat. Sachlich und wörtlich gleiche oder einander sehr nahekommende Vorschriften des Kaufrechts, wie es der Art. 94 CISG vorschreibt, gibt es in Dänemark und den anderen nordischen Staaten nicht mehr.<sup>20</sup> Zwischen Norwegen und Finnland/Schweden gibt es zwar nur eher kleine Abweichungen des inländischen Kaufrechts, die vor allem in der Systematik liegen. Vieles spricht trotzdem für eine gesamte Rücknahme der Nachbarvorbehalte nach Art. 94 CISG, da dies zur Geltung des CISG als einheitlichem Kaufrecht im Norden führen würde. Die Kritik am bestehenden Vorbehalt des Art. 94 CISG ist in dieser Form allerdings *nur* in Bezug auf das Kaufrecht berechtigt.

Anders dagegen verhält es sich nämlich mit dem allgemeinen nordischen Vertragsrecht und demnach mit dem Vorbehalt nach Art. 92 CISG, welcher den gesamten Teil II des CISG betrifft. Die eigentliche Begründung des Vorbehalts stammt überwiegend aus dem dogmatischen, inhaltlichen Bereich und dem Wunsch der Beibehaltung des im nordischen Bereich einzigartigen Prinzips der *løfteteorie* (wörtlich „Versprechentheorie“) und der daraus folgenden bindenden Wirkung eines Angebotes (als eine *løfte*, d.h. eine einseitige bindende aber durch das Ausbleiben der entsprechenden Annahmeerklärung der anderen Partei auflösend bedingte Vertragserklärung des Verkäufers zu liefern oder des Käufers zu zahlen) gemäß §§ 1-3 iVm § 7 des nordischen Vertragsgesetzes (*aftaleloven*).<sup>21</sup> Damit besteht ein krasser Unterschied zu der Kompromisslösung des Art. 16 CISG, der die nordischen Länder inhaltlich

<sup>14</sup> Z.B. die Behandlung der Wirkung des Bestätigungsschreibens im CISG: im Ergebnis nicht nach Art. 9 iVm Art. 7 Abs. 2 CISG behandelt vom Landgericht Ost (DK) 23. 4. 1998, UfR 1998.1092 ÖLD, m. Anm. *Fogt* (oben Fn. 8), *Recueil Dalloz* somm. 1999, S. 360; *ders.* (oben Fn. 4), IPRax 2001, S. 358; vom Landgericht West, Vestre Landsret (DK) 10. 11. 1999, m. Anm. *ders.*, *Appréciation des délais et dénonciation des défauts et de déclaration de résolution d'un contrat d'arbres de Noël*, *Recueil Dalloz* somm. 2000, S. 438; *ders.* (oben Fn. 7), ZEuP 2002, S. 580 ff.; die hier besprochene Entscheidung des Højesteret (DK) vom 15. 2. 2001; anders und deutlich der h.M. folgend, Zivilgericht Kanton Basel-Stadt (CH) 21. 12. 1992 – P4 1991/238, abrufbar unter [www.unilex.info](http://www.unilex.info), wobei die Entscheidung jedoch in mehrfacher Hinsicht bedenklich erscheint, zum einen bei der Feststellung eines Handelsbrauchs nach Art. 9 Abs. 2 CISG, weil Österreich anders als die Schweiz eine vertragsbegründende Wirkung von Bestätigungsschreiben nicht kennt, so auch *Ferrari*, *Zur Bedeutung von Handelsbräuchen und Gepflogenheiten nach UN-Kaufrecht*, EuLF 2002 (D), S. 272 (276), Fn. 76, und zweitens, weil nur ein einzelner früherer Fall noch keine Gepflogenheit der Parteien gem. Art. 9 Abs. 1 CISG zu begründen vermag; vgl. zu Gepflogenheiten im CISG auch *Fogt/Rosch*, *Recueil Dalloz* somm. 2003 (demnächst); unten Abschnitt VI.

<sup>15</sup> So gegen die h.M. *Fogt* (oben Fn. 4), IPRax 2001, S. 358 ff. (362-364).

<sup>16</sup> Zivilgericht Kanton Basel-Stadt (CH) 21. 12. 1992 – P4 1991/238 (oben Fn. 14).

<sup>17</sup> § 2-204. Formation in General. „(1) A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract. (2) An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the moment of its making is undetermined. (3) Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy.“ Hervorhebung durch Verfasser; vgl. über „The expanded concept of Contract in Article 2“ UCC: *White/Summers*, *Uniform Commercial Code*, 5. Aufl., St. Paul, Minn. (USA), 2000, § 1-2, S. 28-29.

<sup>18</sup> Vgl. u.a. Art. 2.12 und 2.22 UP; Art. 2:209 und 2:211 PECL.

<sup>19</sup> Vgl. *Lookofsky*, *Understanding the CISG in Scandinavia*, Kopenhagen (DK), 1996, § 8-6, S. 129. Deshalb haben sich auch mehrere andere nordische Autoren für die Rücknahme des Vorbehalts nach Art. 94 CISG ausgesprochen, *Lookofsky*, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in: *International Encyclopedia of Laws*, Deventer/Boston (NL/USA), 2000, Kap. 6, § 4, Pkt. 330.

<sup>20</sup> Das Ziel der am 10. 6. 1980 in Helsinki gebildeten nordischen Arbeitsgruppe war es, bei der bevorstehenden Ratifikation des CISG die nordische Rechtseinheit bei einer Reform des nordischen Kaufrechts im Ausgangspunkt zu bewahren, vgl. die nordische Denkschrift, Nordiska Köplagar, *Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning* in NÜ 1984:5 vom 30. 10. 1984, Stockholm (S), 1985, S. 159; zum neuen nordischen Kaufrecht jüngst *Kjelland*, *Das neue Kaufrecht der nordischen Länder im Vergleich mit dem Wiener Kaufrecht (CISG) und dem deutschen Recht*, Aachen (D), 2000, zur Entstehung und Vorgeschichte, S. 9 ff., zur nordischen Zusammenarbeit, S. 37 ff.

<sup>21</sup> Als Hintergrund des nordischen Vorbehalts zum Teil II des CISG wurde der wesentliche Unterschied zum nordischen Vertragsrecht genannt, so *Vinding Kruse*, *En ny international og en ny nordisk købelov*, UfR 1984 B, S. 25 ff. (26); *Krüger*, *Kjøpsrett*, 3. Aufl., Bergen (N), 1992, S. 471 (in Englisch). In den Bemerkungen zum dänischen Gesetz zur Inkorporation des CISG wird sogar gesagt, die Regeln der Konvention – die vom Vertragsrecht der *Common Law*-Länder beeinflusst seien – unterschieden sich von ähnlichen Regeln im Vertragsgesetz insbesondere hinsichtlich des Angebots und der Möglichkeit seiner Rücknahme. Die Regeln verhielten sich somit fremdartig, *fremmedartet*, zum dänischen Recht, *Folketingstidene 1988/89*, Kopenhagen (DK), S. 1015 ff. (1019). Demgegenüber kritisch zur Begründung des Vorbehalts *Lookofsky*, *International køb*, Kopenhagen (DK), 1989, S. 47; *Gomard/Rechnagel*, *International Købelov*, Kopenhagen (DK), 1990, Einleitung zu Art. 14-24 CISG, S. 64. Zum „løfteprincip“ im nordischen Vertragsgesetz im dänischen Schrifttum grundlegend *Ussing*, *Aftaler*, 3. Aufl., Kopenhagen (DK), 1950, S. 6, 10 ff., 93-94; vergleichend im deutschen Schrifttum etwa *Rabel*, *Das Recht des Warenkaufes*, Bd. 1, Neudruck, Berlin (D), 1964, § 10 Pkt. 2, S. 70-71.

nicht zu überzeugen vermochte.<sup>22</sup> Selbst wenn die Anwendung des Teils II des CISG aufgrund von Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG nicht ausgeschlossen ist,<sup>23</sup> so kommt doch in nordischen Fällen über Art. 94 CISG immer auch das nordische Vertragsrecht mit seiner langen Rechtstradition zur Anwendung, und dies über Art. 92 CISG teilweise sogar im Verhältnis zu nicht nordischen Staaten.<sup>24</sup> Die mangelhafte Regelung mehrerer wichtiger Fragen der alternativen Vertragsschlussformen im CISG wirkt sich bei Eingreifen der nordischen Vorbehalte nach Art. 92 oder 94 CISG also nicht negativ aus.<sup>25</sup> Die ideale Lösung wäre dementsprechend, das einheitliche Vertragsrecht im nordischen Binnenbereich fortgelten zu lassen.

In der Sache ist damit nur eine begrenzte Rücknahme der nordischen Vorbehalte zu befürworten. Bei einer Rücknahme beider Vorbehalte nach Art. 92 und 94 CISG müsste sachgerechterweise zumindest ein erneuter Vorbehalt nach Art. 94 CISG, begrenzt auf Teil II des CISG, eingelegt werden.<sup>26</sup> Das einheitliche nordische Vertragsrecht würde dann im nordischen Binnenbereich bestehen bleiben. Zur begrenzten Rücknahme sollte es aber *erst dann* kommen, wenn der Teil II des CISG auf einen modernen und praxisnahen Stand gebracht worden ist und die vielen zweifelhaften und offenen Fragen sowie Lücken des Vertragsschlussteils überzeugend geschlossen worden sind. Somit kann die bis jetzt zurückhaltende Auffassung der nordischen Staaten zum CISG vielleicht sogar die internationale Vereinheitlichung beschleunigen und vorantreiben. Das alles hängt aber letztendlich, folgte man der hier ausgesprochenen Empfehlung, von der Bereitschaft der UNCITRAL in New York (USA) zur Überarbeitung des Teils II des CISG ab!

Eine reformierte, zeit- und praxisnahe Regelung der modernen Vertragsschlussformen im Teil II des CISG wäre auf alle Fälle die beste Grundlage, die nordischen Staaten zu einer Rücknahme ihrer Vorbehalte zu bewegen. Ob eine vorbehaltlose Ratifikation des CISG durch die nordischen Staaten empfehlenswert ist, ist eine dogmatisch schwierige und deshalb zweifelhafte Frage. Für ihre Beantwortung bedarf es wegen der dadurch berührten tragenden Prinzipien des nordischen Privatrechts einer grundlegenden Untersuchung, die hier nicht vorgenommen werden kann. Auch andere Vorbehaltsstaaten, insbesondere die Staaten der ehemaligen UdSSR, sollten dies zum Anlass nehmen, den nach den dortigen Zivilrechtsreformen wohl insgesamt überholten Vorbehalt gegen die Formfreiheit der Art. 11 und 29 CISG zu überlegen und gegebenenfalls zurückzunehmen.<sup>27</sup>

## V. Vereinbarung einer Lieferklausel kraft Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Eine Vereinbarung der Vertragsparteien über den Lieferort geht nach Art. 6 CISG regelmäßig dem in Art. 31 lit. a CISG bestimmten Lieferort vor. Deswegen musste in der vom Højesteret besprochenen Entscheidung zunächst geklärt werden, ob der Lieferort im Vertrag bestimmt war, d.h. ob die vom Käufer bei der Bestellung oder die vom Verkäufer im vordruckten Text des Bestätigungsschreibens erwähnte Lieferklausel Inhalt des Kaufvertrags geworden war. Das Landgericht West sah die vom italienischen Verkäufer in seinem Bestätigungsschreiben angegebene Lieferklausel „F.CO DOMIC. NON SDOC“ als vereinbart an. Da der dänische Käufer den Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht rügte, galt diese Klausel als Inhalt des Vertrages. Die in der Bestellung des dänischen Käufers enthaltene Klausel *Levering: franko DK* war somit für den Inhalt des Vertrags ohne Bedeutung. Das Højesteret widersprach dieser Ansicht nicht und stimmte der Entscheidung der Vorinstanz somit offensichtlich zu. Unklar bleibt, ob die Entscheidung innerhalb oder außerhalb der Regelungen des CISG gefällt wurde und, wenn letzteres der Fall war, nach welchem materiellen Recht.

### 1. Die Behandlung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben im CISG

Die im Schrifttum überwiegende Meinung sieht diese Frage als eine „interne“ Lücke an, die nur nach Art. 7 Abs. 2 über Art. 9 CISG zu schließen sei. Fragen der alternativen Vertragsschlussformen einschließlich der Wirkung eines Bestätigungsschreibens gemäß Art. 9 CISG seien in Übereinstimmung mit den internationalen Handelsbräuchen bzw. den Gepflogenheiten der Parteien zu lösen.<sup>28</sup> Ein Rückgriff auf das vom IPR berufene materielle Recht sei demnach ausgeschlossen.<sup>29</sup>

den Vorbehalt nach Art. 96 CISG erklärt. Ob dessen Aufrechterhaltung noch berechtigt ist, erscheint jedoch zweifelhaft. So ist z.B. nach dem neuen Zivilgesetzbuch (ZGB) Litauens von 2001 gem. Art. 1.73 ZGB für inländische oder internationale Rechtsgeschäfte (mit Ausnahme von Rechtsgeschäften zwischen natürlichen Personen mit einem Wert über LTL 5 000 und Kaufverträge auf Teilzahlung) keine wie früher generelle schriftliche Form vorgeschrieben und die Folgen der Nichtbeachtung der Formerfordernisse sogar weiter abgeschwächt, vgl. dazu Art. 1.93 neuen ZGB: Lietuvos Respublikos civilinio kodekso komentaras. Pirmoji knyga. Bendrosios nuostatos. Justitia., Vilnius (LT), 2001, Art. 1.93 (Kommentar zum ZGB Litauens, Erster Buch, Allgemeine Bestimmungen); kritisch zum litauischen Vorbehalt auch *Mikelanas*, Unification and Harmonisation of Law at the Turn of the Millennium: the Lithuanian Experience, Unif. L. Rev. 2000, S. 243 ff. (251). In Estland sind gem. § 11 des am 1. 7. 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsgesetz die Formerfordernisse generell aufgehoben worden, vgl. Text in englischer Übersetzung abrufbar unter [www.legaltxt.ee](http://www.legaltxt.ee) (Stand: 21. 3. 2003). Konsequenterweise hat Estland als erstes Vorbehaltsland den Vorbehalt nach Art. 96 CISG neulich zurückgenommen, die Rücknahme des Formvorbehalts wird gem. Art. 97 Abs. 4 CISG nach sechs Monate wirksam.

<sup>28</sup> Dieser Meinung klar folgend z.B. Zivilgericht Kanton Basel-Stadt (CH) 21. 12. 1992 – P4 1991/238 (oben Fn. 14).

<sup>29</sup> Vgl. *Schlechtriem* (Hrsg.), in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. Aufl., München (D), 2000, vor Art. 14-24 CISG, Rn. 4; *Magnus*, in: *Staudinger* (oben Fn. 2), Art. 9 CISG, Rn. 27, Art. 19 CISG, Rn. 26; *Schlechtriem*, in: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2. Aufl., Oxford (GB), 1998, Art. 19, Rn. 4; *Neumayer/Ming*, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausanne (CH), 1993, S. 169-171; so im Ergebnis auch *Schnyder/Straub*, in: *Honsell* (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin/New York (D/USA), 1997, Art. 18 CISG, Rn. 9-10.

<sup>22</sup> Vgl. die Kritik an der Kompromisslösung des Art. 16 CISG auch *Huber*, *RabelsZ* 1979, S. 413 ff. (441-442).

<sup>23</sup> Aus diesem Grund will *Lookofsky* (oben Fn. 19), *Understanding the CISG in Scandinavia*, § 8-4, S. 128, den Vorbehalt nach Art. 92 CISG ganz zurücknehmen.

<sup>24</sup> Ein Beispiel für den zuletzt genannten Fall bietet die Entscheidung des Landgerichts West (DK) vom 10. 11. 1999, m. Anm. *Fogt* (oben Fn. 8), *Recueil Dalloz* somm. 2000, S. 438; *ders.* (oben Fn. 7), *UfR* 2002 B, S. 129 ff.; *ders.* (oben Fn. 7), *ZEuP* 2002, S. 580 ff.

<sup>25</sup> So galt in der Entscheidung des Landgerichts West (DK) vom 10. 11. 1999 (oben Fn. 24), wegen des Vorbehalts nach Art. 92 CISG die ständige nordische Rechtsprechung zur Wirkung des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben.

<sup>26</sup> Nach Art. 94 CISG ist auch eine Teilausschließung zulässig, die jederzeit erklärt werden kann, *Magnus*, in: *Staudinger* (oben Fn. 2), Art. 94, Rn. 1 und 4.

<sup>27</sup> U.a. alle baltischen Staaten, d.h. Estland, Lettland und Litauen, haben

Anders sehen dies einige Entscheidungen zum CISG, darunter die hier besprochene, die jedoch in der Begründung unklar aber im Ergebnis auf Zustimmung getroffen sind.<sup>30</sup> Nach dieser abweichenden Auffassung soll das vom IPR berufene materielle Recht entscheiden, weil eine „interne Lücke“ mit allgemeinen Prinzipien nicht geschlossen werden könne oder weil es sich um eine vom CISG nicht geregelte Frage handle. Die Geltung von Handelsbräuchen oder Gepflogenheiten der Parteien nach Art. 9 CISG bleibe natürlich unbenommen.

Gleich ob man der h.M. oder der gegenteiligen Auffassung folgt, es müssen auf jeden Fall die strengen Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 CISG für die Geltung von Handelsbräuchen erfüllt sein. Bei einem internationalen CISG-Kauf kann ein Handelsbrauch über die bindende Wirkung eines Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben nur vorliegen, wenn beide Parteien des Kaufs ihre Niederlassung oder ihre sonstige geschäftliche Tätigkeit in einem Rechtsbereich haben, in dem eine derartige Wirkung von der Rechtsordnung anerkannt ist, und zwar im Sinne von „weitau bekannt“, die darüber hinaus „regelmäßig beachtet“ wird.<sup>31</sup> Das Verbreitungsgebiet kann und darf sich nicht nur an der einen Partei bemessen, etwa am Empfänger des Bestätigungsschreibens. Dies schränkt die mögliche Wirkung der in der Praxis sehr üblichen Zusendung von Bestätigungen handelsrechtlicher Vereinbarungen erheblich ein, um im Streitfall gar nicht erst auf die ebenfalls schwierige Frage der Beweislast eingehen zu müssen.

Diese Frage mit der im Schrifttum h.M. innerhalb des CISG und mit den dort enthaltenen Bestimmungen lösen zu wollen, erscheint nicht möglich.<sup>32</sup> Zum einen ist der Weg über Art. 9 iVm Art. 7 Abs. 2 CISG praktisch schwierig zu begehen und als theoretische Lösung nicht unbedingt einleuchtend. Zum anderen greift Art. 8 CISG nur als eine generelle Auslegungsregel ein, die beim Fehlen anderer Umstände eine Regelungslücke nicht zu schließen vermag. In Art. 19 Abs. 2 CISG ist eine auf die Wirkung einer abweichenden Annahmeerklärung oder Auftragsbestätigung beschränkte Regelung enthalten, die einer generellen oder analogen Anwendung auf die Wirkung eines Bestätigungsschreibens nicht zugänglich ist.<sup>33</sup> Art. 19 Abs. 2 und 3 CISG kann somit kaum bei der konkreten Frage nach der Wirkung des Bestätigungsschreibens herangezogen werden. Hinzu kommt, dass Lieferbedingungen als eine wesentliche Abweichung nach Art. 19 Abs. 3 CISG eingestuft werden, weshalb durch bloßes Schweigen die Lieferklausel

nicht Inhalt des Vertrages werden kann.<sup>34</sup> Sowohl generell als auch in der konkreten Entscheidung ist also nur eine außerhalb des CISG begründete Lösung nach dem Vertragsstatut möglich.

## 2. Unklare Begründung der dänischen Gerichte

Für die Beurteilung der Wirkung des Bestätigungsschreibens des Verkäufers hatte das Landgericht West weder Art. 7 iVm Art. 9 CISG noch andere Normen des CISG erwähnt. Die Entscheidung wurde entweder nach dem italienischen Vertragsstatut oder vermutlich – fehlerhaft – einfach nach dänischem Recht getroffen.<sup>35</sup> Auch das Højesteret bezieht sich im Urteil ohne jeglichen Hinweis auf das CISG auf die in dem Bestätigungsschreiben enthaltene Lieferklausel, ohne jedoch wie das Landgericht West die bindende Wirkung kraft Passivität nochmals zu betonen. Keine der beiden Instanzen folgte damit der überwiegenden Meinung zur Behandlung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens im CISG.

Nimmt man den fehlenden Hinweis der dänischen Gerichte auf das CISG im konkreten Urteil als Ausdruck der Ansicht, die Antwort auf die Frage nach der Wirkung eines Bestätigungsschreibens liege außerhalb der Konvention, wäre für diese „externe“ Lücke das nach dem IPR des Forums maßgebende Recht anzuwenden. Für den Inhalt des Vertrags und die Wirkung des Bestätigungsschreibens hätten die dänischen Gerichte deswegen auf das Vertragsstatut, d.h. italienisches Recht, verweisen und dessen Inhalt feststellen müssen. Der Rückgriff auf die *lex fori* und damit das dänische Recht war nicht begründbar und in der Sache falsch. Gerade das aber ist in dem dänischen Fall anscheinend geschehen, da das CISG oder das italienische Recht weder vom Landgericht West noch vom Højesteret erwähnt wurden. Bestärkt wird diese Vermutung insbesondere durch die Tatsache, dass das Højesteret nach dem veröffentlichten Auszug aus der Entscheidung ein Gutachten über das Verständnis der FRANCO-Lieferklausel nach italienischem Recht eingeholt hat, ohne aber die Wirkung eines Bestätigungsschreibens in dieser Konstellation zu erfragen.

## VI. Keine Geltung von Gepflogenheiten der Parteien nach Art. 9 Abs. 1 CISG

Die Behauptung des dänischen Käufers, zwischen den Parteien habe gemäß Art. 9 CISG eine übliche Praxis über die Lieferung am Sitz des Käufers bestanden, wurde in beiden Instanzen ohne nähere Begründung zurückgewiesen, offensichtlich mangels genügenden Vortrags. Insbesondere erfolgte die (einmalige) Lieferung anderer Gasrohre im November 1992 zwar zeitlich nach dem hier in Rede stehenden Vertragsschluss, jedoch noch vor der tatsächlichen Lieferung der mangelhaften Rohre im Mai 1993. Dem entscheidenden Bestätigungsschreiben vom 16. 1. 1992 folgte darüber hinaus laut Aussage eines Angestellten des Verkäufers noch ein weiteres,

<sup>30</sup> So im Ergebnis Landgericht Ost (DK) 23. 4. 1998, UfR 1998.1092 ØLD, m. Anm. *Fogt* (oben Fn. 8), Recueil Dalloz somm. 1999, S. 361; ausführlich *ders.* (oben Fn. 4), IPRax 2001, S. 358 ff. (362-364); auch Landgericht West (DK) 10. 11. 1999, m. Anm. *ders.* (oben Fn. 14), Recueil Dalloz somm. 2000, S. 438; *ders.* (oben Fn. 8), ZEuP 2002, S. 580 ff., insbesondere S. 585-586. Zweifel an der h.M. ebenfalls *Heuté*, La vente internationale de marchandises, Paris (F), 2000, S. 141, Fn. 11 iVm S. 164, Fn. 97 mit Hinweis auf *Fogt* (oben Fn. 8), Recueil Dalloz somm. 1999, S. 361.

<sup>31</sup> Zutreffend *Ferrari* (oben Fn. 14), S. 276; generell *Magnus*, in: *Staudinger* (oben Fn. 2), Art. 9 CISG, Rn. 25; OLG Frankfurt (D) 5. 7. 1995, abrufbar unter [www.unilex.info](http://www.unilex.info), wo in einem deutsch-französischen Fall die Anwendung dieser Regeln aus diesem Grunde richtigerweise verneint wurde.

<sup>32</sup> Bereits *Huber*, *RabelsZ* 1979, S. 413 ff. (447 f.), S. 450; auch *Fogt* (oben Fn. 8), Recueil Dalloz somm. 1999, S. 361; ausführlich *ders.* (oben Fn. 4), IPRax 2001, S. 358 ff. (362-364); *ders.* (oben Fn. 8), ZEuP 2002, S. 580 ff., insbesondere S. 585-586.

<sup>33</sup> Insbesondere die Entstehungsgeschichte des Art. 19 Abs. 2 und die vorgeschlagene, aber gestrichene Vorschrift eines Art. 19 Abs. 3 CISG sprechen dafür, dazu *Fogt* (oben Fn. 4), IPRax 2001, S. 362-363; zum Vorschlag des Art. 19 Abs. 3 CISG vgl. *Magnus*, in: *Staudinger* (oben Fn. 2), Art. 19 CISG, Rn. 5.

<sup>34</sup> In dieser Richtung beim hier besprochenen Urteil aber *Hertz/Lookofsky* (oben Fn. 1), UfR 2001 B, S. 559.

<sup>35</sup> So wohl auch Landgericht Ost (DK) 23. 4. 1998, UfR 1998.1092 ØLD, m. Anm. *Fogt* (oben Fn. 8), Recueil Dalloz somm. 1999, S. 361; ausführlich *ders.* (oben Fn. 4), IPRax 2001, S. 358 ff. (362-364).

in dem die „italienische“ FRANCO-Klausel enthalten war. Die Zeugenaussage eines Angestellten des Käufers über die erstmaligen Verhandlungen in den Jahren 1981/82 und den damals vereinbarten Lieferort in Dänemark wurde als nicht ausreichend erachtet.<sup>36</sup> Obwohl längerdauernde Geschäftsbeziehungen, bestehend aus einer Mehrzahl von Lieferungen jährlich, und auch die gleiche Abwicklung der Kaufverträge nachgewiesen wurden, gab es zwischen den Parteien offensichtlich immer einen versteckten Dissens über die genauen Lieferbedingungen. Damit konnte sich schwerlich eine individuelle Gepflogenheit und Übung der Vertragsparteien betreffend des Lieferorts entwickelt haben. Zumindest der Nachweis dafür war vom Käufer nicht erbracht worden. Beide Vertragsparteien glaubten, eine bestimmte Vereinbarung getroffen zu haben und einer gemeinsamen Übung gefolgt zu sein, wobei aber sowohl die Vereinbarung wie auch die gemeinsame Übung nach dänischer und italienischer Rechtsauffassung für die Festlegung des Lieferorts unterschiedlich zu bewerten waren.

## VII. Die Vereinbarung und Auslegung von FRANCO-Lieferklauseln im Rahmen des CISG und das darauf anwendbare Recht

Das CISG enthält aus gutem Grund anders als einige nationale Kaufrechtskodifikationen<sup>37</sup> keine detaillierten Bestimmungen über die Auslegung von Lieferklauseln. Die rasche Entwicklung des Handelslebens und die immer neue Praxis in Bezug auf die Modalitäten des Kaufs, z.B. Transport, Gefahrrtragung, Dokumente und elektronische Mitteilungen, führen laufend zu notwendigen Revisionen der gegebenen Auslegungsregeln, die im Konventionstext und auch in nationalen Gesetzen wenig praktikabel und deswegen schwierig durchführbar sind. Dass aber eine Aufnahme einer reinen FRANCO-Lieferklausel oder zumindest eine ausdrückliche Bestimmung, dass eine solche Klausel als eine reine Kosten-

und Gefahrregelung zu qualifizieren sei, Klarheit schaffen würde, zeigt der vom Højesteret entschiedene Fall deutlich.<sup>38</sup> In den Vertragsbedingungen der INCOTERMS fehlt ebenfalls eine klare FRANCO-Klausel, die ausschließlich eine Ankunfts-klausel beim Käufer darstellt.<sup>39</sup> Gerade deswegen wurde in § 7 Abs. 3 des neuen nordischen Kaufrechts eine solche einfache FRANCO-Klausel beibehalten.<sup>40</sup>

### 1. Die Vereinbarung von Lieferklauseln

Für die Vereinbarung einer Lieferklausel käme bei einem CISG-Kauf die Anwendung des Art. 9 CISG in Betracht, wonach sowohl entstandene Gepflogenheiten als auch internationale Gebräuche unter bestimmten Bedingungen bindend sind. Eindeutig können die INCOTERMS nach Art. 9 Abs. 1 CISG durch erklärtes Einverständnis der Parteien als Gebräuche gelten. Die Erklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, wobei letzteres aber nicht ohne besondere Anhaltspunkte angenommen werden soll. Eine solche Annahme war im konkreten Fall nicht möglich, denn weder konkrete Umstände nach Art. 8 Abs. 3 CISG noch eine Praxis der Parteien nach Art. 9 Abs. 1 CISG lagen vor.

Einer Lieferklausel als Handelsbrauch einen bindenden Effekt zu verleihen, vermag Art. 9 Abs. 2 CISG dagegen nur selten. Dafür sind die Voraussetzungen „weitaus bekannt“ und „regelmäßig beachtet“ zu schwierig zu erfüllen. Ob die INCOTERMS generell als Handelsbrauch angesehen werden können, ist umstritten und im Ergebnis abzulehnen.<sup>41</sup> Erstens sprechen das abweichende nationale Verständnis von vielen Lieferklauseln stark gegen eine solche allgemeine Geltung als Handelsbrauch. Zweitens ist es bei einigen INCOTERMS zweifelhaft, ob allein eine Kosten- und Gefahrregelung oder auch eine Lieferortsbestimmung getroffen worden ist. Häufig

<sup>36</sup> Zu den Bedingungen des Art. 9 CISG vgl. *Magnus*, in: *Staudinger* (oben Fn. 2), Art. 9 CISG, Rn. 13; *Honnold*, *Uniform Law for International Sales*, 3. Aufl., Deventer (NL), 1999, Art. 9, Rn. 116. Eines der seltenen Beispiele der bindenden Wirkung einer von nur einer der Parteien gefolgt Praxis über die Ausführung einer Bestellung ohne Annahme des Verkäufers zeigt die Entscheidung des Cour d'appel de Grenoble (F) 21. 10. 1999, m. Anm. *Witz*, J.D.I. 2000, S. 1016 ff. (1024); *ders.*, *Obligation de coopération à la charge des parties et non-réparation du préjudice lié à la détérioration de l'image commerciale*, *Recueil Dalloz* somm. 2000, S. 411-442. Vgl. auch Landgericht (LT) 27. 3. 2000 – Nr. 2 A-85/2000, unveröffentlicht, in Litauisch abrufbar unter [www.litlex.lt/bylos](http://www.litlex.lt/bylos) (Stand: 21. 3. 2003), zustimmende Anm. *Fogt/Rosch*, *Recueil Dalloz* somm. 2003 (demnächst), wo eine zuvor fünfmal in der Zeit von Mai 1996 bis April 1997 zwischen einem spanischen Käufer und einem litauischen Verkäufer ausdrücklich schriftlich vereinbarte Schiedsgerichtsklausel bei einfacher Fortsetzung der Lieferung von Holzbohlen ohne neue Vereinbarung gem. Art. 9 Abs. 1 CISG als bindend angesehen wurde, da zwischen den Parteien als Teilnehmer des internationalen Handels eine Gepflogenheit über gleiche Kaufbedingungen betreffend Qualität, Quantität, Preis, Lieferung- und Zahlungsbedingungen und Beilegung von Streitigkeiten entstanden war. Die Entscheidung erscheint jedoch zur Frage der Einhaltung der Schriftform einer Schiedsgerichtsklausel bedenklich, *Fogt/Rosch*, aaO.

<sup>37</sup> Das alte nordische Kaufrecht von 1906, Art. 62-65 (nur noch in Dänemark in Kraft); das neue nordische Kaufrecht, § 7 Abs. 3 (in Kraft getreten in Finnland am 1. 1. 1988 und in Schweden am 1. 1. 1991) und auch das norwegische Kaufrecht von 1988, Art. 7 Abs. 3, enthalten eine einfache FRANCO-Klausel; vgl. UCC Art. 2-239 zu 2-322, wo ausschließlich Versendungsklauseln („*shipment contracts*“) und keine FRANCO-Klausel („*destination contract*“) enthalten sind, vgl. dazu *White/Summers* (oben Fn. 17), § 5-2, S. 183 f. (185); vgl. auch das französische Gesetz vom 3. 1. 1969, in dem eine Legaldefinition der FOB-Klausel enthalten ist, dazu *Heuté* (oben Fn. 30), *note* 260, S. 230.

<sup>38</sup> So auch BGH (D) 11. 12. 1996, ZIP 1997, S. 519; OGH (A) 10. 9. 1998, abrufbar unter [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>39</sup> Sowohl in den INCOTERMS 1990 und 2000 sind nur fünf besonderes *Delivery clauses* (Gruppe D) vorhanden, wobei die im von Højesteret (DK) entschiedenen Fall umstrittene DDU- (*Delivery Duty Unpaid*) Klausel bei der Revision 1990 neu aufgenommen wurde, vgl. eingehend zu den INCOTERMS 2000 *Heuté* (oben Fn. 30), S. 225-246; *Ramberg/Herre*, *Internationella köplagen* (CISG), Stockholm (S), 2001, S. 196 ff.; zu den INCOTERMS 1990 im deutschen Schrifttum *Bredow/Seiffert*, *INCOTERMS 1990*, Wegweiser für die Praxis, Bonn (D), 1994; im dänischen Schrifttum *Lando/Laundrup/Theilgaard*, *Kommentar til INCOTERMS 1990*, 2. Aufl., Kopenhagen (DK), 1992.

<sup>40</sup> *Nørager-Nielsen/Theilgaard*, *Købeloven*, 2. Aufl., Kopenhagen (DK), 1993, S. 1096; kritisch dagegen aber *Ramberg/Herre* (oben Fn. 39), S. 215, die meinen, es sei eine fehlerhafte Annahme gewesen, dass die INCOTERMS keine derartige Lieferklausel beinhalten. Zutreffend ist dies nur, wenn die *Delivery clauses* (Gruppe D) der INCOTERMS zweifellos auch den Lieferort bestimmen, was richtig erscheint, aber, wie die Rechtsprechung zum CISG und den INCOTERMS zeigt, umstritten ist.

<sup>41</sup> So zutreffend *Honnold* (oben Fn. 36), Art. 9, Rn. 118, S. 127-128 mit Hinweis auf die Weigerung bei UNCITRAL und der Wiener Konferenz, Art. 9 Abs. 3 EKG (Art. 13 Abs. 3 EAG) in das CISG zu übernehmen; so auch *Magnus*, in: *Staudinger* (oben Fn. 2), Art. 9 CISG, Rn. 8; *Witz*, in: *Witz/Salger/Lorenz*, *International Einheitliches Kaufrecht*, Heidelberg (D), 2000, Art. 9, Rn. 14; *Neumayer/Ming* (oben Fn. 29), Art. 9 *note* 7; *Ferrari* (oben Fn. 14), S. 276-277. Anders und für die INCOTERMS als Handelsbrauch nach Art. 9 Abs. 2 CISG, *Huber*, in: *Schlechtriem* (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* (oben Fn. 29), Art. 30, Rn. 3; den rechtlichen Charakter der INCOTERMS überschätzen jedoch auf alle Fälle *Gomard/Rechnagel* (oben Fn. 21), Art. 9, S. 54, Fn. 6, wenn sie diese als auf der Grundlage internationaler Gewohnheiten, „*sædvane*“, ausgearbeitet sehen; vgl. weitere Hinweise zu dieser Auffassung bei *Heuté* (oben Fn. 30), *note* 260, S. 230, Fn. 55, bei dem es ohne eigene Stellungnahme zu dieser Frage heißt, dass „on répond le plus généralement par l'affirmative“.

unterschiedlich und stark vom nationalen Recht geprägt ist die Auslegung der *Delivery* Klausel der INCOTERMS. Im konkreten Fall wurde die Geltung als Handelsbrauch noch nicht einmal vom dänischen Käufer behauptet und somit von den dänischen Gerichten auch nicht geprüft.

Die INCOTERMS sollten deswegen nur durch ausdrückliche Vereinbarung oder kraft schlüssigen Verhaltens als Vertragsformel Geltung erlangen können, es sei denn, dass Gepflogenheiten nach Art. 9 Abs. 1 CISG vorliegen oder die strengen Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 CISG ausnahmsweise erfüllt sind. Wegen der unterschiedlichen nationalen Auslegung von Lieferklauseln, insbesondere der FRANCO-Lieferklauseln, ist eine Bezugnahme auf die INCOTERMS mit Hinweis auf deren verwendete Fassung dringend zu empfehlen.<sup>42</sup> Sonst steht man, wie in dem vom Højesteret entschiedenen Fall, bei einem späteren Streit vor erheblichen Auslegungsschwierigkeiten.

## 2. Die Auslegung von Lieferklauseln

Anders als für die eigentliche Vereinbarung von Lieferklauseln kann Art. 9 Abs. 1 CISG aber zumindest für die Auslegung einer bereits vereinbarten oder aus sonstigen Gründen zwischen den Parteien bindenden Lieferklausel herangezogen werden und damit zur Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung über die Auslegung führen, wenn die Parteien einen Hinweis auf die INCOTERMS versäumt oder bewusst unterlassen haben.<sup>43</sup> Ansonsten sind die Erklärungen und das Verhalten der Parteien eines CISG-Kaufs möglichst nach Art. 8 CISG zu ermitteln. Bei der Anwendung von Art. 8 Abs. 2 CISG ist aber Vorsicht geboten, wenn das Verständnis der Parteien von örtlicher Gesetzgebung, einer bestimmten Praxis oder einem Handelsbrauch geprägt ist.<sup>44</sup> Falls sich, wie im konkreten Fall, das Verständnis der beiden Parteien hinsichtlich einer Klausel deutlich voneinander unterscheidet, so kann die Auslegung nach der Sicht eines objektiven Beobachters in der Person des Erklärungsempfängers die andere Partei wiederum gänzlich überraschen und im groben Widerspruch zu ihrem subjektiven Willen stehen. Deshalb erlangt vor allem Art. 8 Abs. 1 iVm Abs. 3 CISG Bedeutung, wenn es gilt, den wahren Willen der Parteien, d.h. den subjektiven Erklärungsinhalt, zu ermitteln. Bei dieser Prüfung darf jedoch nicht schon jedes Indiz Anlass für eine zu verkäuferfreundliche Beurteilung geben und erst recht nicht als Beleg für ein nur nationales Verständnis einer Lieferklausel herangezogen werden.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> So z.B. auch *Heuté* (oben Fn. 30), note 260, S. 230.

<sup>43</sup> Für diese Lösung tritt insbesondere *Bonell* ein, Bedeutung der Handelsbräuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980, JBl. 1985, S. 385 ff. (392); *ders.*, in: *Bianca/Bonell* (Hrsg.), Commentary on the International Sales Law, Mailand (I), 1987, Art. 9, S. 114-115.

<sup>44</sup> So von *Bonell* (oben Fn. 43), richtig betont, JBl. 1985, S. 385 ff. (392); *ders.*, in: *Bianca/Bonell* (oben Fn. 43), Art. 9, Pkt. 3.5, S. 114.

<sup>45</sup> Zu weit in diese Richtung m.E. BGH (D) 11. 12. 1996, BGHZ 134, S. 201 = ZIP 1997, S. 519, wo die Klauseln „Der Preis beträgt frei Haus B. unverzollt, unversteuert (...)“ und „Die oben genannten Preise gelten frei Straßburg“ nach Art. 8 Abs. 1 und Abs. 3 CISG nicht als eine Abweichung von Art. 31 lit. c CISG angesehen wurden. Nach dem Berufungsgericht OLG Schleswig (D) 27. 4. 1995, sprach gegen eine Vereinbarung über den Erfüllungsort, dass „das Wort ‚frei‘ in einen Zusammenhang mit den Preisen gestellt werde, nicht mit dem Ort, an dem die Klägerin ihre Lieferpflicht zu erfüllen habe“. Der daraus gezogene Schluss, dass „die Parteien mit diesen Formulierungen lediglich die Frage der Transportkosten und möglicherweise die Gefahrtragung,

Wenn einmal eine FRANCO-Lieferklausel vertraglich vereinbart wurde und in deutlicher Weise den materiellrechtlichen Lieferort an der Niederlassung des Käufers oder an einem anderen Ort festlegt, so soll diese Klausel bei der Bestimmung des Erfüllungsortes im Rahmen des Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ/EuGVO ebenfalls prozessual entsprechende Wirkung entfalten. Ob eine solche Klausel zu einem Gerichtsstand des Erfüllungsortes führt, ist *nicht nur* Auslegungsfrage, *sondern* schlichtweg zu bejahen.<sup>46</sup>

## 3. Die Entscheidung des Højesteret zur Auslegungsfrage

Allerdings kann sich, wie in dem vom Højesteret zu beurteilenden Fall, ein klarer Dissens über die Bedeutung einer Lieferklausel selten über Art. 9 Abs. 1 CISG (Einverständnis) oder Art. 8 Abs. 1 iVm Abs. 3 CISG (subjektiver Erklärungsinhalt) zu einem Konsens entwickeln. Im konkreten Fall verstanden die Parteien die Klausel eindeutig unterschiedlich. Der dänische Käufer sah die Lieferklausel „F.CO DOMIC. NON SDOG“ als eine reine FRANCO-Klausel an und konnte sich dafür auf § 65 des dänischen Kaufgesetzes berufen.<sup>47</sup> Damit war der Lieferort an seinem Sitz in Dänemark. Zusätzlich fügte der Käufer hinzu, dieses Ergebnis folge aus der Auslegung der Klausel als INCOTERMS „DDU“ (geliefert unverzollt).<sup>48</sup> Dagegen wollte der Verkäufer die FRANCO-Klausel nach italienischem Recht als eine reine

nicht aber den Erfüllungsort (...) regeln wollen“, wurde vom BGH (D) als trichterliche Würdigung nicht beanstandet. Zu einem anderen Ergebnis betreffend der Auslegung einer FRANCO-Klausel, sogar ohne eine Verknüpfung der Klausel mit Hinweisen auf den Preis, ist der OGH (A) 10. 9. 1998, unveröffentlicht, www.unilex.info in einem CISG-Kauf gekommen: „Die Vertrags-Klausel ‚frei Haus‘, so wie sie im Geschäftsverkehr üblicherweise verwendet wird, ist nicht nur eine Spesenklausel, sondern sie bedeutet, daß Lieferort die Niederlassung des Käufers ist.“ Allerdings wurde der Gerichtsstand des Erfüllungsortes am Sitz des österreichischen Käufers vom OGH aus einem anderen Grund (unzutreffend) als nicht gegeben angesehen, s. dazu auch Fn. 46.

<sup>46</sup> Anders *Huber*, in: *Schlechtriem* (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (oben Fn. 29), der zunächst eine FRANCO-Klausel „frei Haus“ oder DDU (INCOTERMS) klar als eine Vereinbarung des Lieferortes am angegebenen Ort ansieht, aaO, Art. 30, Rn. 80, dann aber die Wirkung für den Gerichtsstand des Erfüllungsortes als eine Auslegungsfrage bezeichnet, aaO, Art. 31, Rn. 50, 86; dieser Auffassung folgend OGH (A) 10. 9. 1998, unveröffentlicht, abrufbar unter www.unilex.info. Dies ist widersprüchlich und mit der *lex-causae*-Interpretation des Erfüllungsortes durch den EuGH nicht zu vereinbaren, dagegen auch zutreffend *Bernstein/Lookofsky* (oben Fn. 1), § 4-3, S. 74. Es steht außer Frage, dass der Højesteret (DK) in dem besprochenen Fall, UfR 2001, S. 260 HD, einen Gerichtsstand des Erfüllungsortes am Sitz des dänischen Käufers gem. Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ angenommen hätte, falls seine dänische FRANCO-Lieferklausel Vertragsinhalt gewesen wäre.

<sup>47</sup> Dazu *Nørager-Nielsen/Theilgaard*, Købeloven, 2. Aufl., Kopenhagen (DK), 1993, Art. 65, S. 1094 ff. Der Text des § 65 dänisches Kaufgesetz lautet im Auszug: „Er en vare solgt „leveret“ eller „frit“ (franco) på angivet sted, anses levering ikke for sket, førend varen er kommet frem til dette sted“.

<sup>48</sup> Die Auslegung der INCOTERMS „D“-Klauseln, einschließlich DDU wie auch DDP, erscheint nicht ganz klar. Der Wortlaut und der ICC-Kommentar zur Fassung von 1990, die z.Z. des besprochenen Falles galten, sprechen für eine direkte Bestimmung des Lieferortes. Der Sinn und Zweck der Bestimmungen ist aber eher als Kosten- und Gefahrtragungsregelung zu verstehen, vgl. dazu den ICC-Kommentar 1990 zu den „D“-Klauseln, ICC Publikation Nr. 460, Einführung, S. 117-118: „Wie bereits erwähnt, unterscheiden sich die „D“-Klauseln grundsätzlich von den „C“-Klauseln, weil der Verkäufer nach den „D“-Klauseln für die *Ankunft der Ware am vereinbarten Bestimmungsort verantwortlich ist*. Der Verkäufer hat *alle Gefahren und Kosten* bis zur Ankunft der Ware an diesem Ort zu tragen. Die „D“-Klauseln entsprechen daher *Ankunftsverträgen* (...). Über die neu aufgenommene DDU-Klausel wird gesagt, „Sie erfüllt eine wichtige Funktion, wenn der Verkäufer bereit ist, die Ware bis *zum benannten Ort im Einfuhrland zu liefern*“, Hervorhebung durch Verfasser.

Regelung der Transportkosten verstehen, was nach Ansicht des Verkäufers auch mit der gewöhnlichen Bedeutung dieser Klausel bei internationalen Käufen übereinstimme.<sup>49</sup>

Da das CISG im konkreten dänisch-italienischen Fall die Frage nach der Auslegung der betreffenden FRANCO-Klausel nicht beantworten konnte, musste das Højesteret im Prinzip nach Art. 7 Abs. 2 CISG auf das vom IPR berufene materielle Recht zurückgreifen. Allerdings hätte noch die Möglichkeit bestanden, die Klausel, wie auch vom dänischen Käufer behauptet, international autonom nach den INCOTERMS (d.h. hier der DDU-Klausel) auszulegen.<sup>50</sup> Auch gäbe es den gewagten Weg, ein allgemeines internationales Verständnis einer FRANCO-Klausel als nur eine Frachtkostenregelung, wie das Landgericht West als Vorinstanz, zu vertreten. Wünschenswert wären in dieser Hinsicht eine Erwähnung von Art. 8 und 9 CISG durch das Højesteret und eine Auseinandersetzung mit der Vorinstanzentscheidung gewesen. Entscheidend war eben im Ergebnis, ob die Auslegung nach den INCOTERMS, nach einem falls gegeben internationalen Verständnis, dem italienischem Recht oder dem dänischem Recht zu erfolgen hatte. Anders als bei der eben besprochenen Frage des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ging das Højesteret ausdrücklich davon aus, dass das Vertragsstatut über die Auslegung der Lieferklausel bestimmt. Um den Auslegungsstreit entscheiden zu können, holte es beim italienischen Justizministerium ein Gutachten ein, nach dem die verwendete FRANCO-Klausel eine reine Kostenvereinbarung darstellte. Hieraus ergab sich infolgedessen keine Bestimmung des Lieferorts, und Art. 31 lit. a CISG war anzuwenden.<sup>51</sup> Wäre die Klausel dagegen aber nach dänischem Recht auszulegen gewesen, so wäre der Lieferort gemäß § 65 des dänischen Kaufgesetzes zu bestimmen gewesen, was zum Lieferort am Sitz des dänischen Käufers geführt hätte. Das Højesteret ist bei der Auslegung somit nicht der in der Lehre teilweise vertretenen international einheitlichen Interpretation einer Lieferklausel nach den INCOTERMS gefolgt, sondern wendeten dazu das vom IPR berufene nationale Recht an.<sup>52</sup>

Bei Lieferklauseln, die wörtlich mit den INCOTERMS übereinstimmen, jedoch keinen Bezug auf sie nehmen, ist eine internationale Auslegung mit Sicherheit empfehlenswert. Nur so können die nationalen Gerichte sich auf ihre einheitliche Auslegung einigen. Dennoch kann dies allein nicht ausreichen. Gewisse Anhaltspunkte, entweder ein bestimmtes Verhalten

nach Art. 8 CISG, eine stillschweigende Annahme nach Art. 9 Abs. 1 CISG oder sonst ein Indiz für die Absicht der Parteien, müssen vorliegen, und an solchen fehlte es im konkreten Fall. Die zwischen den Parteien geltende Lieferklausel „F.CO DOMIC. NON SDOG“ war zwar wortgleich mit der DDU-Klausel der INCOTERMS 1990, wonach „der Verkäufer seine Lieferverpflichtung erfüllt, wenn er die Ware am benannten Ort im Einfuhrland zur Verfügung stellt“.<sup>53</sup> Obwohl der benannte Ort vom Verkäufer nicht in der Klausel angegeben war, waren die Parteien sich über den Ort der Niederlassung des Käufers in Dänemark als Bestimmungsort einig. Die INCOTERMS waren aber nie in den mündlichen Verhandlungen oder im Schriftwechsel der Parteien, die zudem ein jeweils ziemlich eindeutiges nationales Verständnis über die Bedeutung der Klausel hatten, erwähnt worden. Nur in der Rechnung vom selbständigen Transporteur war ausdrücklich die INCOTERM-Klausel DDU angegeben worden, was für den Verkäufer zutreffend nicht bindend sein konnte. Damit hatte das Højesteret Recht, eine internationale Auslegung auch die nach den INCOTERMS nicht vorzunehmen. Wäre der Auslegungsmaßstab der INCOTERMS für die DDU-Klausel anzuwenden gewesen, so wäre es durchaus unsicher, ob es sich danach um eine reine Kosten- und Gefahrtragsregelung gehandelt hätte.<sup>54</sup>

### VIII. Ausblick

Es ist zu hoffen, dass die vielen Vorbehalte zum CISG an den neuen, geänderten Stand der Rechtsentwicklung vieler Vorbehaltsstaaten angepasst und, soweit sachgerecht, auch wie im Fall Estlands zurückgenommen werden. Verständlich wäre dabei die Haltung der nordischen Staaten, für die (begrenzte) Rücknahme ihrer bestehenden Vorbehalte nach Art. 92 und 94 CISG zunächst eine Überarbeitung des traditionellen Vertragsschlussteils II des CISG zur Bedingung zu machen. Der Teil II des CISG und die Rechtsentwicklung scheinen für eine solche Reformarbeit durch UNCITRAL mittlerweile reif.

Die Vereinbarung von Lieferklauseln und vor allem von FRANCO-Lieferklauseln hat für die Rechte und Pflichten der Parteien außerordentliche materiellrechtliche und prozessuale Folgen. Die Klauseln sind nach Art. 19 Abs. 3 CISG wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrages und bedürfen, wenn von der Vorschrift des Art. 31 CISG abgewichen werden soll, aus mehreren Gründen einer hinreichend klaren Bestimmung durch den Parteien.

Ausdrückliche Bezugnahme auf die INCOTERMS-Vertragsregeln ist dann notwendig, falls die Parteien diese zweifelsfrei vereinbaren wollen. Für die FRANCO-Klauseln der INCOTERMS (DDU und DDP) reicht dies aber zur Zeit leider offensichtlich nicht aus. Wegen des immer noch beste-

<sup>49</sup> So auch nach deutschem Recht, vgl. *Bitner*, in: *Staudinger*, Bürgerliches Gesetzbuch, Neubearbeitung, Berlin (D), 2001, § 269, Rn. 14: „(...) nur eine Kostenübernahme, allenfalls darüber hinaus eine Veränderung der Gefahrtragung; der Leistungsort wird nicht verändert.“; *Krüger*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl., München (D), 2003, § 269, Rn. 17: „(...) legen in der Regel nicht den Leistungsort fest, sondern betreffen die Frage der Kostentragung oder der Gefahrtragung.“, jeweils mwN.

<sup>50</sup> Diese Lösung ist im dänischen Schrifttum von *Lando* als die am besten mit dem Ziel des CISG zu vereinbarende hervorgehoben worden, *ders.*, *Udenrigshandelens kontrakter*, 4. Aufl., Kopenhagen (DK), 1991, Pkt. 4.211, S. 239.

<sup>51</sup> Dies entspricht mehreren anderen Entscheidungen zur Auslegung von Lieferklauseln als reine Kostenregelung, dazu *Magnus*, *Das UN-Kaufrecht – aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechungspraxis*, ZEuP 2002, S. 533-534.

<sup>52</sup> Im Zweifel für eine international einheitliche Auslegung *Magnus*, in: *Staudinger* (oben Fn. 2), Art. 9 CISG, Rn. 8; *Honnold* (oben Fn. 36), Art. 9, Rn. 115.

<sup>53</sup> ICC-Kommentar 1990, ICC-Publikation Nr. 460, S. 180. Die DDU und DDP sind fast unverändert in den INCOTERMS 2000 beibehalten worden, vgl. dazu *Heuté* (oben Fn. 30), *note* 271-272, S. 238-239. Über die Pflichten des Verkäufers erfasst auch *Heuté* nach den DDU/DDP-INCOTERMS die Lieferpflicht am angegebenen Ort: „cette obligation de livraison consiste à mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur au lieu, à la date ou dans le délai convenus, (...)“, aaO, S. 238.

<sup>54</sup> Vgl. oben Abschnitt VII.; zum ICC-Kommentar 1990, ICC-Publikation Nr. 460 (oben Fn. 48, 53); zu BGH (D) 11. 12. 1996, BGHZ 134, S. 201 = ZIP 1997, S. 519 und OGH (A) 10. 9. 1998, unveröffentlicht, abrufbar unter [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (oben Fn. 45).

henden Streits über die Bedeutung der INCOTERMS-FRANCO-Klauseln als Lieferortbestimmung oder als bloße Kosten- und Gefahrtragsregelung, ist den Parteien dringend zu empfehlen, diese ausdrücklich im Kaufvertrag selbst zu vereinbaren. Denn sonst laufen sie, wie in dem von Højesteret entschiedenen Fall, die Gefahr, diese Unklarheit durch mehrere Gerichtsinstanzen und über Jahre hinweg prozessual klären zu müssen.

**Højesteret (DK) 15. 2. 2001 – Damstahl A/S ./. A.T.I. s.r.l.**

**Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ; Art. 92 iVm Art. 1 Abs. 1 lit. b, Art. 7 Abs. 2, Art. 8, Art. 9 und Art. 31 lit. a CISG – INCOTERMS – Gerichtsstand des Erfüllungsortes – Die (mangelhafte) Lieferung als streitige Verpflichtung – Nordischer Vorbehalt zum Teil II des CISG – Nichtanwendung des Vorbehaltes – Vereinbarung und Auslegung einer FRANCO-Lieferklausel – Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben bei einem CISG-Kauf – Geflogenheiten der Parteien**

Für die Vereinbarung einer FRANCO-Klausel beim CISG-Kauf kraft Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben wird nicht das CISG herangezogen, sondern die Frage anscheinend nach dem Vertragsstatut oder vielleicht sogar der *lex fori* beurteilt. Die Auslegung von Lieferklauseln richtet sich auch nach dem vom IPR berufenen nationalen Recht, wenn die Parteien keinen anderen Hinweis gemacht oder auf den INCOTERMS verwiesen haben.

Danach stellt eine FRANCO Lieferklausel „F.CO DOMIC. NON SDOG“ (Franko Domicil, geliefert unverzollt) nach italienischen Recht nur eine Kostenregelung dar, die somit nicht den Lieferort festlegen kann. Für den Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ ist bei einem CISG-Kauf deshalb der Ort der Übergabe an einem selbständigen Transporteur gemäß Art. 31 lit. a CISG maßgebend. (*Leitsätze des Autors*)

*Auszug aus den Gründen:*

**Vestre Landsret (Landgericht West, DK): „(...)**

I sagsøgerens telex af 14. januar 1992, hvorved sagsøgeren afgav ordre på de i sagen omhandlede rør, er anført, at levering skal ske »franco Skanderborg«. Sagsøgeren udbad sig i samme telex en ordrebekræftelse fra sagsøgte. I sagsøgtets ordrebekræftelse af 16. januar 1992, som sagsøgeren ikke har gjort indsigelse imod, og som herefter må anses for en del af aftalegrundlaget, er vedrørende levering anført: »F.CO DOMIC. NON SDOG.« (...)

Der er mellem parterne enighed om, at italiensk ret skal anvendes ved fastlæggelsen af leveringsstedet.

Efter det oplyste kan det ikke lægges til grund, at klausulen i sagsøgtets ordrebekræftelse svarer til INCOTERMS-klausulen

»DDU«. Det må endvidere lægges til grund, at en franko-klausul i internationale køb ofte opfattes som udelukkende vedrørende fordelingen af fragtomkostningerne.

Allerede på denne baggrund kan det ikke anses for godtgjort, at der er indgået aftale om, at leveringsstedet var aftalt til Skanderborg. Det bemærkes herved, at angivelsen af leveringsbetingelserne i transportørens faktura til sagsøgte ikke kan tillægges betydning i forholdet mellem sagsøgeren og sagsøgte.

Da det endvidere ikke er godtgjort, at parterne i deres samhandel har lagt sagsøgerens forståelse af franko-klausulen til grund, og da der ikke er grundlag for at lade sagsøgte bære risikoen for en eventuel uoverensstemmende opfattelse, må leveringsstedet fastlægges i overensstemmelse med CISG artikel 31, litra a. Leveringen må således anses for sket i Italien, hvorfor der ikke er værneting her i landet efter EF-Domskonventionens artikel 5, nr. 1, eller efter danske værnetingsregler for det mod sagsøgte rejste erstatningskrav.

Landsretten tager derfor sagsøgtets afvisningspåstand til følge. (...)

**Højesterets dom (Høchstgericht, DK): „(...)**

Der er fra det italienske justitsministerium indhentet oplysninger om italiensk ret. I ministeriets svar af 6. september 1999 hedder det bl.a. (dansk oversættelse):

»Spørgsmål 1:

»Franko«-klausulen, der benyttes i købekontrakter i Italien, er en omkostningsklausul. De »franko«-klausuler, der er almindelige i handelspraksis (f.eks. CIF-klausulen - cost insurance freight, FOB-klausulen - free on board, klausulen »frit ved grænsestation« eller »frit ved grænse«, som er hyppige i international handel), har ikke til formål at ændre ved reglen om, at sælger frigøres fra sin forpligtelse ved overdragelse af varen til fragtfører, eller at friholde køber for risikoen for varens undergang under transporten. Denne fortolkning er udtrykkelig fastslået i italiensk ret i forbindelse med de hyppigste »franko«-klausuler.(...)

Højesterets bemærkninger.

Klausulen i ordrebekræftelsen af 16. januar 1992 om »F.CO DOMIC. NON SDOG« er efter det oplyste en forkortelse af »franco domicile non sdogato«, som kan oversættes til »franco hjemsted, told ikke betalt«. Såvel Damstahls ordre som A.T.I.'s ordrebekræftelse indeholdt således en franco-klausul.

Da der er enighed om, at kontraktforholdet er undergivet italiensk ret, og da det fremgår af de til brug for Højesteret indhentede oplysninger, at en francoklausul efter italiensk ret alene er en omkostningsklausul, tiltræder Højesteret, at det ikke fremgår af parternes aftale, at leveringsstedet var aftalt til Skanderborg.

Det må på grundlag af A.T.I.'s ordre til transportøren af 24. marts 1992 lægges til grund, at angivelsen af leveringsklausulen DDU i fakturaen fra transportøren ikke hidrører fra A.T.I., og Højesteret tiltræder derfor, at der ikke kan lægges vægt på denne angivelse. Det bemærkes, at A.T.I. ikke i denne forbindelse kan anses at have fremsat et nyt anbringende.

Det er heller ikke efter bevisførelsen for Højesteret godtgjort, at parterne i deres samhandel har lagt Damstahls forståelse af franco-klausulen til grund.

Højesteret tiltræder herefter, at leveringsstedet var i Italien, jf. CISG art. 31, litra a, og at der derfor ikke i medfør af EF-Domskonventionens art. 5, nr. 1, er værneting i Danmark for Damstahls krav. Højesteret stadfæster derfor dommen. (...)