

BGH (D) 9 January 2002 – VIII ZR 304/00

**CISG Article 19** – Formation of a contract – Conflicting standard terms and conditions of the parties – Material defect – Admission on the part of the seller after acceptance of the goods by the purchaser without giving notice of any defect

If the parties to a contract for the sale of goods that falls under the CISG confirm the conclusion of the contract with reference to their own standard terms and conditions respectively, then only those terms and conditions that are not inconsistent with either set of provisions form part of the contents of the contract concluded between the parties (the so-called theory of residual validity [*Restgültigkeitstheorie*]).

The CISG contains no provisions relating to the consequences for evidentiary purposes of a statement in which one of the parties to the sales contract acknowledges the existence of particular factual circumstances. The answer to the question of whether an admission of this sort can result in a shifting of the burden of proof must therefore be established under the law supplementary to the CISG that is applicable on the contractual relationship.

## Summary of the Decision

### 1. Facts

The Dutch plaintiff, a company trading in milk products, brought an action against the German defendant, a dairy, for damages caused by the delivery of spoiled milk. The plaintiff had bought a large consignment of powdered milk from the defendant which it then sold to a buyer in Algeria. This purchaser sent back part of the consignment, after a lipase infestation and consequently an acidic and rancid tasting milk was revealed during processing.

The parties had had a current contractual relationship. Orders were cancelled first by telephone and subsequently recorded in written confirmations by both the plaintiff and the defendant. The business terms of the defendant dairy included a defence clause stating that the dairy sold exclusively under its terms and conditions and that opposing terms and conditions of the buyer would expressly not be recognised (“*Wir verkaufen ausschließlich zu unseren Geschäftsbedingungen. Entgegenstehende (...) Geschäftsbedingungen des Käufers werden ausdrücklich nicht anerkannt (...)*”). In a warranty clause, any obligations for the payment of damages were capped at the invoice amount. In contrast to these terms and conditions, those used by the plaintiff buyer insisted on full liability for damage on the part of the seller in the event of the appearance of defects in the purchased goods.

The plaintiff first accepted the powdered milk without giving notice of any defect and continued to supply the product to its Algerian customer. Following complaints from the customer, several negotiations took place between the parties. After one of these negotiations, the defendant seller informed the plaintiff, *inter alia*, that the defendant noted that on the basis of delivery confirmations of the powdered milk sent that a quantity of 177 metric tons did not meet the contractual requirements (“*(...) [W]ir haben zur Kenntnis genommen, dass von dem auf Grund der Lieferbestätigungen vom (...) gelieferten Milchpulver (...) eine Teilmenge von 177 t nicht den vertraglichen Anforderungen entspricht (...)*”). The defendant conceded that the plaintiff was entitled to a warranty claim for the variation in quality but referred to the limitations on liability contained in the defendant’s terms and conditions and rejected a liability for damages for this reason.

The trial court first rejected the plaintiff’s complaint. On appeal, the reviewing court set aside this decision and awarded the plaintiff damages essentially under the terms laid out in its complaint. The defendant then sought recourse against this ruling before the Bundesgerichtshof (Federal High Court of Justice [Germany]; hereinafter: BGH). The BGH vacated the judgment and remanded the matter for further proceedings before the appellate court.

### 2. The Court’s Decision

The BGH affirms the decision of the appellate court on the merits. It expresses doubts however relative to the evaluation of evidence undertaken by the appellate court, particularly of the notice of the expert opinion requested by the court. This would make a retrial necessary.

**2.1.** The BGH first takes on the problem of the substantively contradictory terms and conditions used by the parties at the conclusion of the contract. Different points of view were taken on this question. The theory of residual validity [*Restgültigkeitstheorie*], described by the BGH as the prevailing opinion, assumes that the parties do not want to let the conclusion of the contract fail because they are unable to accept the contractual representations that they have attached to the standard form contract if they later actually go on to achieve the contractual relationship. Under this perspective, opposing rules in the sets of provisions used by the parties therefore lead to the exclusion of the rules concerned, which therefore cannot be integrated into the contract. However, the contract is concluded in accordance with the Convention’s rules for the conclusion of sales with the remaining provisions that are free of contradictions – thus the term “theory of residual validity”. On the other hand, the contrasting opinion – the so-called theory of the last word [*Theorie des letzten Wortes*] – applies to the rule pursuant to which the acceptance of a contract offer with alterations is to be understood as a rejection connected with a new offer. According to this theory, the trading conditions winning recognition are those of that contracting party that last affirms the conclusion of the contract. Under

this opinion, the contents of their contractual representation, including of the attached terms and conditions of business, will be affirmed by the subsequent execution of the contract.

For a long time, the BGH has defended the residual validity theory for German law, namely for contracts that have arisen on the basis of the rules for the conclusion of contracts in German law. Still pending in the case-law is the decision of how the same question is to be answered in accordance with the CISG rules relating to the conclusion of sales. In fact the BGH now endorses the theory of residual validity for the CISG as well. It is true that the decision avoids an express definition in this sense. As an objection to the theory of the last word, the BGH advances that a contracting party whose terms and conditions substantively deviate from those terms and conditions communicated by the opposing side would nevertheless be unable to presume that its own terms can be implemented merely because the other party then no longer makes its rejection express. This stands in contrast to the criterion of good faith that is governed by Article 7(1) of the CISG.

As a result, the defendant seller therefore cannot rely upon the decision of the BGH that the seller under its own contract terms limited his possible liability to the invoice value of the goods delivered. Since the terms used by the parties contradict each other in this regard, no term can be successfully applied, with the consequence that the legal rule in the CISG relating to the payment of damages is reverted to, pursuant to which a more expansive liability is also possible.

2.2. The BGH then proceeds in its decision to grapple with the question of the meaning to be attached to a representation in which the seller admits to a defect in the goods delivered by him after the buyer accepts the goods without making a complaint in respect of the defect. The appellate court had assumed that such a representation on the part of the seller entailed a shifting of the burden of proof. Whereas after accepting the goods without giving notice of any defect the buyer first has the burden of proving that the goods nevertheless exhibited a defect, a subsequent representation by the seller conceding the defect causes the burden of proof to shift onto the seller, who must now state and prove if required that the goods had been free of defects during the delivery. The defendant had objected, as a shift in burden of proof as a result of a party's acknowledgement of particular factual circumstances was not foreseen by the CISG. This principle drawn from German law must therefore be left out of consideration, with the consequence that the plaintiff as the purchaser must prove that the powdered milk delivered by the defendant was already spoiled at the moment of delivery and therefore defective.

The BGH first confirms that the shift in the burden of proof as a result of the acknowledgement of the factual circumstances accepted by the appellate court is foreign to the CISG. Accordingly, however, it does not depend on this. The question of what consequences ensue when a party admits to a factual circumstance is in any case not governed by the CISG.

For this question, the focus must be on national law that is subsidiarily called upon to supplement the rules of the CISG. Since in the instant case – the delivery by a German seller to a purchaser in the Netherlands – the applicable German law supplementary to the CISG is required, the appellate court has correctly decided this question as a result.

*Thomas Simons*

*Extract from the decision: “(...)*

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, daß die Schadensersatzregeln des CISG für die Ansprüche der Klägerin nicht durch ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen („M.P.C.-Bedingungen“) abbedungen sind, die erhebliche Haftungsbeschränkungen für den Verkäufer vorsehen, unter anderem einen etwa zu leistenden Schadensersatz auf den Rechnungsbetrag des Gelieferten begrenzen.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß der teilweise Widerspruch zwischen den jeweils in Bezug genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin und der Beklagten nicht zu einem Scheitern des Vertragsschlusses im Sinne des Art. 19 Abs. 1 und Abs. 3 CISG wegen fehlender Willensübereinstimmung (Dissens) geführt hat. Seine tatrichterliche Würdigung, die Parteien hätten aufgrund der Durchführung des Vertrages zu erkennen gegeben, daß sie die fehlende Übereinstimmung zwischen den beiderseitigen Vertragsbedingungen nicht als im Sinne von Art. 19 CISG wesentlich erachtet hätten, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und wird von der Revision ausdrücklich hingenommen.

b) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht weiter angenommen, die für die Beklagte günstigen Gewährleistungsklauseln in den von der Klägerin verwendeten M.P.C.-Bedingungen seien durch die Abwehrklausel der Beklagten verdrängt worden. Die von der Revision hiergegen erhobenen Einwände greifen nicht durch.

Die Frage, in welchem Umfang kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen im Anwendungsbereich des CISG Vertragsbestandteil werden, wird im Schrifttum unterschiedlich beantwortet. Nach der wohl herrschenden Meinung werden teilweise voneinander abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen (nur) insoweit Vertragsbestandteil, als sie sich nicht widersprechen; im übrigen gelten die gesetzlichen Regeln.<sup>1</sup> Ob ein derartiger, die Einbeziehung hindernder Widerspruch besteht, kann nicht allein nach dem Wortlaut einzelner Klauseln, sondern nur auf Grund einer Gesamtwürdigung aller einschlägigen Regelungen festgestellt werden. Das verkennt die Revision, wenn sie lediglich die eingeschränkte Abwehrklausel der Beklagten mit den für diese günstigen Gewährleistungsregeln der Klägerin vergleichen will. Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, enthalten die niederländischen M.P.C.-Bedingungen erhebliche Abweichungen von dem gewährleistungsrechtlichen Regelungsgefüge des CISG - das bei Zugrundelegung der Allgemeinen Geschäfts-

<sup>1</sup> Sog. Restgültigkeitstheorie; z.B. *Achilles*, Komm. zum UN-Kaufrechtsübereinkommen, Art. 19 Rn. 5; *Schlechtriem/Schlechtriem*, CISG, 3. Aufl., Art. 19 Rn. 20, insbes. S. 226; *Staudinger/Magnus*, CISG 1999, Art. 19 Rn. 23.

bedingungen der Beklagten im wesentlichen anwendbar bliebe - und ist nicht davon auszugehen, daß die Klägerin die in sich ausgewogenen M.P.C.-Bedingungen gegen sich gelten lassen wollte, soweit sie spürbar nachteiliger als die gesetzlichen Regelungen sind, ohne in den Genuß der ihr günstigen Klauseln zu gelangen. Umgekehrt ist nichts dafür ersichtlich, daß die Beklagte sich die für sie ungünstigen Klauseln der M.P.C.-Bedingungen entgegenhalten lassen wollte. Nichts anderes gilt dann, wenn man der Gegenmeinung folgt.<sup>2</sup> Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (Art. 7 Abs. 1 CISG) durfte die Beklagte, auch soweit sie bei den Vertragsverhandlungen ihre Geschäftsbedingungen zuletzt gestellt hatte, nicht annehmen, die Frage, ob bestimmte Regelungen der gegnerischen Bedingungen ihren eigenen widersprüchen, könne isoliert für einzelne Klauseln beantwortet werden mit der Folge, daß die jeweiligen sie begünstigenden Bestimmungen anwendbar blieben.

2. Als ebenso unbegründet erweist sich die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe der Beklagten zu Unrecht die Beweislast dafür auferlegt, daß die beanstandete Teilmenge von 177,6 t des gelieferten Milchpulvers bei der Ablieferung vertragsgerecht gewesen sei.

a) Nach der vom Berufungsgericht herangezogenen Rechtsprechung des Senats hat im Anwendungsbereich des CISG nach rückloser Abnahme der Ware durch den Käufer allerdings dieser ihre Vertragswidrigkeit und nicht der Verkäufer ihre Vertragsmäßigkeit darzulegen und zu beweisen.<sup>3</sup> Zwar ist im vorliegenden Fall eine Rüge bei der Abnahme nicht erfolgt. Zu Recht hat das Berufungsgericht aber angenommen, das Schreiben der Molkerei M. KG vom 24. 8. 1998 habe zu einer Umkehr der Beweislast geführt. Dagegen wendet sich die Revision vor allem mit dem Argument, das CISG regele die Fragen der Beweislast mit, so daß ein Rückgriff auf das nationale Recht versperrt sei; das CISG kenne jedoch eine Beweislastumkehr auf Grund tatsächlicher Anerkennnisse nicht. Es verbleibe daher bei dem Regel-Ausnahme-Prinzip, das für die Beweislastverteilung im Geltungsbereich des CISG maßgebend sei. Infolgedessen habe die Klägerin zu beweisen, daß die Ware bereits bei der Ablieferung vertragswidrig gewesen sei; die vom Berufungsgericht festgestellte Unsicherheit gehe daher insgesamt zu Lasten der Klägerin. Dem kann nicht gefolgt werden.

b) Zutreffend ist der Ausgangspunkt der Revision, daß das CISG die Beweislast ausdrücklich (etwa in Art. 79 Abs. 1) oder konkludent (Art. 2 lit. a) mit regelt, daß infolgedessen ein Rückgriff auf das nationale Recht insofern verwehrt ist und daß das CISG dabei dem Regel-Ausnahme-Prinzip folgt.<sup>4</sup> Die Revision übersieht aber, daß die Beweislastregeln des CISG nicht weiter reichen können als sein materieller Geltungsbereich. Dieser ergibt sich aus Art. 4 S. 1 CISG; danach regelt das Übereinkommen ausschließlich den Abschluß des Kaufvertrages und die aus ihm er-

wachsenden Rechte und Pflichten des Verkäufers und des Käufers. Die Frage, ob und gegebenenfalls welche beweisrechtlichen Folgen ein tatsächliches Anerkenntnis hat, zählt nicht dazu. Sie betrifft - ebenso wie etwa die Bedeutung von Willensmängeln, die Abtretung, Aufrechnung oder ähnliches - kein spezifisches kaufrechtliches Problem, sondern einen rechtlichen Gesichtspunkt allgemeiner Art; sie steht in keinem inneren Zusammenhang mit den tatsächlichen und rechtlichen Aspekten des internationalen Warenhandels, die den Regelungsgegenstand des CISG bilden.

c) Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht in dem Schreiben der Molkerei M. KG vom 24. 8. 1998 eine Erklärung gesehen hat, die grundsätzlich geeignet ist, als tatsächliches Anerkenntnis eine Beweislastumkehr herbeizuführen (...)

<sup>2</sup> Theorie des letzten Wortes; zum Meinungsstand und zu den Bedenken gegen die Anwendung dieser Theorie im Geltungsbereich des CISG vgl. *Schlechtriem/Schlechtriem* aaO, Rn. 20 und dort Fn. 62.

<sup>3</sup> BGHZ 129, 75 (81).

<sup>4</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *Baumgärtel/Laumen/Hepting*, Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 2. Aufl., Einf. vor Art. 1 UN-Kaufrecht, Rn. 4 ff. und 16 ff.; *Achilles* aaO, Art. 4 Rn. 15; *Schlechtriem/Ferrari* aaO, Art. 4 Rn. 48 ff.; *Staudinger/Magnus* aaO, Art. 4 Rn. 63 ff.; inzidenter ebenso Senatsurteil BGHZ 129, 75 (81).