

## BEITRÄGE

Prof. Dr. Burghard Piltz\*

## Battle of forms und UN-Kaufrecht

## Die Problematik kollidierender AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr

Wenn man sich in der heutigen Zeit als deutsch-rechtlich geprägter Jurist mit der Problematik kollidierender Geschäftsbedingungen befasst, scheint die hierzu vertretene Restgültigkeitstheorie fast selbstverständlich und alternativlos. Ganz anders stellt sich die Situation aber für Juristen aus ausländischen Jurisdiktionen und insbesondere auch aus den Niederlanden dar. Damit wird die Frage aufgeworfen, wie diese Thematik bei grenzüberschreitenden Geschäften anzugehen ist. Vermittelt das heute in weitem Umfang zur Geltung kommende UN-Kaufrecht eine international belastbare Lösung?

## I. Rechtslage in Deutschland

Die Einbeziehung von AGB im innerdeutschen unternehmerischen Rechtsverkehr setzt lediglich einen Hinweis des Verwenders auf die Geltung seiner AGB voraus.<sup>1</sup> Das deutsche Recht erwartet von dem Verwender nicht, die andere Partei zu dem Inhalt der AGB zu informieren, sondern geht vielmehr von einer Erkundigungsobliegenheit der anderen Partei aus.<sup>2</sup> Infolgedessen kommt es sehr häufig vor, dass die AGB beider Vertragsparteien in den Vertrag einbezogen sind und sowohl der Verkäufer als auch der Käufer sich auf ihre AGB berufen. Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber bisher einer Regelung dieser ständig wiederkehrenden Gestaltung enthalten.<sup>3</sup> Da das AGB-Recht in erster Linie den Schutz des Verbrauchers bezweckt, Verbraucher – jedenfalls bislang – keine AGB einsetzen und folglich kollidierende AGB in B2C-Geschäften nicht vorkommen, ist diese Zurückhaltung nachvollziehbar.

Das Problem widersprechender AGB ist infolgedessen mit dem allgemeinen Instrumentarium des Vertragsabschlusssrechts zu bewältigen. Ausgangspunkt ist § 150 Abs. 2 BGB. Danach ist der Verweis des Empfängers des Vertragsangebots auf die Geltung seiner eigenen anstelle der AGB des Offerenten eine Ablehnung des Angebots und zugleich ein Gegenangebot, das zwar nicht durch Stillschweigen,<sup>4</sup> wohl aber häufig konkludent angenommen wird<sup>5</sup> (sog. last-shot rule oder Theorie des letzten Wortes). Namentlich die vorbehaltlose Entgegennahme der Leistung der Partei, die zuletzt auf ihre AGB verwiesen hat, durch die andere Partei wurde nach Treu und Glauben<sup>6</sup> als Zustimmung zu deren AGB gewertet.

Gehen beide Parteien von einem wirksamen Vertragsschluss aus und erbringen die ihnen danach obliegenden Leistungen, streiten aber gleichwohl weiter offen darum, wessen AGB gelten, ist die Berufung auf eine konkludente Annahmeerklärung der AGB verwehrt.<sup>7</sup> Auch diese Entscheidung berief sich auf Treu und Glauben. Mit ihr geriet nun aber die last-shot rule ins Wanken. Der Todesstoß wurde der Theorie des letzten Wortes versetzt, als der BGH feststellte, dass mittels einer Abwehrklausel bereits bei Abgabe des Vertragsangebots deutlich gemacht werden kann, dass die vorbehaltlose Entgegen-

nahme der Leistung ohne Hinzutreten weiterer Umstände keine konkludente Zustimmung zu dem auf dessen AGB verweisenden Gegenangebot des Empfängers des Vertragsangebots bedeute.<sup>8</sup> Damit legt die eine Abwehrklausel verwendende Partei fest, dass ihr nachfolgendes Verhalten keine Willensänderung im Sinne einer Zustimmung zu den AGB der Gegenseite zum Ausdruck bringt.

Wenn auch die dogmatische Grundlage dieser Lösung immer noch klärungsbedürftig ist,<sup>9</sup> bejaht die Rechtsprechung ungeachtet kollidierender AGB-Erklärungen insbesondere auf Grund der späteren Vertragsdurchführung einen Vertragsschluss<sup>10</sup> und lässt die sich inhaltlich widersprechenden Klauseln unbeachtet (sog. knock-out rule oder Konsens-Dissens- oder Restgültigkeits-Theorie).<sup>11</sup> Damit werden – soweit es um kollidierende Erklärungen zur AGB-Geltung geht – die Regelungsinhalte der §§ 150 Abs. 2, 154 Abs. 1 BGB invertiert. Anders formuliert: Das Zustandekommen und die Durchführung des Vertrages gehen den sich widersprechenden Interessen der Parteien an der AGB-inhaltlichen Ausgestaltung ihres Vertrages vor. Im Ergebnis gilt Gleiches, wenn der Offerent auf seine AGB verweist, die eine Ausschließlichkeitsklausel enthalten, der Annehmende hingegen seine eigenen AGB einbringt und anschließend der Vertrag durchgeführt wird.<sup>12</sup>

\* Prof. Dr. Burghard Piltz ist Mitglied des IWRZ-Herausgeberbeirats und Rechtsanwalt und Partner bei Ahlers & Vogel in Hamburg. Er ist spezialisiert auf internationale Handelskaufverträge und damit verwandte Gebiete, insbesondere UN-Kaufrecht, Incoterms, Vertriebshändlerrecht. Prof. Dr. Piltz lehrt Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht. Weiterhin ist er Vorsitzender der Executive Committee der European-Latinamerican Arbitration Association (EL-Arb) in Hamburg und Präsident des Schiedsgerichtsentrums der Deutsch-Argentinischen Außenhandelskammer in Buenos Aires sowie Mitglied der internationalen Incoterms® 2020 Drafting Group bei der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris.

1 Näher dazu *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Rdnr. 170 zu § 305 BGB; *ÖLG Hamim*, U.v. 19.5.2015 – 7 U 26/15, BeckRS 2015, 11594.

2 *BGH NJW* 1976, 1886, 1887; *Pfeiffer*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 305 BGB Rdnr. 120 ff., Rdnr. 131; krit. *Basedow*, in: *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2016, § 305 BGB Rdnr. 99.

3 Näher dazu *Ulmer/Habersack* (o. Fußn. 1), Rdnr. 182 zu § 305 BGB.

4 So aber Art. 33 Abs. 2 und 3 Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge der DDR.

5 *BGH NJW* 1973, 2106 f.

6 *BGH NJW* 1963, 1248.

7 *BGH NJW* 1973, 2106, 2107.

8 *BGH NJW* 1985, 1838, 1839; *BGH NJW-RR* 2001, 484, 485.

9 *Stoffels*, AGB-Recht, 3. Aufl. 2015, Rdnr. 319; vgl. auch *Schwab*, AGB-Recht, 2. Aufl. 2014, Rdnr. 275 sowie *Basedow* (o. Fußn. 2), § 305 BGB Rdnr. 106.

10 *Stoffels* (o. Fußn. 9), Rdnr. 318, 320; vgl. *BGH NJW* 2002, 1651, 1652; *BGH NJW* 1985, 1838, 1839; weitergehend *Ulmer/Habersack* (o. Fußn. 1), Rdnr. 188 zu § 305 BGB.

11 *BGH NJW* 1991, 1604, 1606; *BGH NJW* 1985, 1838, 1839; *Ulmer/Habersack* (o. Fußn. 1), Rdnr. 193 zu § 305 BGB; *Stoffels* (o. Fußn. 9), Rdnr. 321; *Pfeiffer* (o. Fußn. 2), § 305 Rdnr. 143.

12 *Pfeiffer* (o. Fußn. 2), § 305 Rdnr. 141.

## II. Andere Rechtsordnungen

Ähnlich wie in Deutschland ist die Rechtslage in Polen, Art. 385 § 4 ZGB, in der Schweiz<sup>13</sup> und in Österreich,<sup>14</sup> wenn gleich dort abgesehen von Verbandsprozessen und Verbraucherverträgen im Falle einer im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB unwirksamen AGB-Bestimmung eine geltungserhaltende Reduktion praktiziert wird.<sup>15</sup> Der Umgang mit der battle of forms-Thematik in Frankreich war nicht immer einheitlich.<sup>16</sup> Überwiegend wurde die knock-out rule angewandt, ohne dass es einer Abwehrklausel bedurfte.<sup>17</sup> Der seit der Vertragsrechtsreform neu geltende Art. 1119 Abs. 2 Code Civil stärkt die Befürworter der knock-out rule, verlangt allerdings für die Einbeziehung von AGB anders als das deutsche Recht nun ausdrücklich, dass die andere Partei die AGB kennt und akzeptiert (Art. 1119 Abs. 1 Code Civil).<sup>18</sup>

In den überwiegenden Rechtsordnungen der Welt hingegen herrscht die last-shot rule oder Theorie des letzten Wortes vor.<sup>19</sup> Dies gilt namentlich für die Gerichtspraxis in England<sup>20</sup> und der auf dem Common-Law Grundsatz der „mirror image rule“ fußenden Jurisdiktionen<sup>21</sup> sowie für die arabischen und die Länder des Nahen Ostens.<sup>22</sup> In den USA ist das Common Law weitgehend durch § 2-207 Uniform Commercial Code ersetzt worden, der zu ähnlichen Ergebnissen wie die knock-out rule führt,<sup>23</sup> jedoch keine klare Zuordnung zulässt.<sup>24</sup>

Ganz anders die Niederlande. Der Gesetzgeber hat in Art. 6:225 Abs. 3 BW festgelegt, dass vorbehaltlich eines ausdrücklichen Widerspruchs des Adressaten die AGB der Partei zum Zuge kommen, die als erste AGB in den Vertrag einbezieht (first-shot rule). Ein besonderer Vorzug dieses Ansatzes ist, dass vorbehaltlich eines ausdrücklichen Widerspruchs es ungeachtet sich widersprechender AGB – anders als nach der last-shot rule – zu einem wirksamen Vertragsschluss kommt und – anders als nach der knock-out rule – der Inhalt des Vertrages weniger Ungewissheiten aufwirft.

Gesetzeskraft genießende internationale Rechtsinstrumente, die gezielt die Problematik des battle of forms angehen, sind nicht ersichtlich. Art. 2.1.2022 der UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts (PICC) und Art. 2.209 der Principles of European Contract Law (PECL) sehen vorbehaltlich einer ausdrücklichen Gegenäußerung der anderen Partei die knock-out rule vor, enthalten aber keine Aussage dazu, wie infolge ihrer Anwendung entstehende Lücken zu schließen sind.<sup>25</sup> Gleiches gilt für Art. 39 des seinerzeitigen Entwurfs für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, der die Lösung des Draft Common Frame of Reference übernahm.<sup>26</sup>

## III. AGB im UN-Kaufrecht

Das UN-Kaufrecht enthält – anders als das BGB – keine Vorschriften, die gezielt AGB zum Gegenstand haben, obwohl die AGB-Thematik bei den Verhandlungen zum UN-Kaufrecht selbstverständlich bekannt war.<sup>27</sup> Da unumstritten die Einbeziehung von AGB nach dem UN-Kaufrecht zu beurteilen ist,<sup>28</sup> gelten folglich dessen allgemeine Bestimmungen.

Die Parteien können ausdrücklich vereinbaren, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang AGB Vertragsinhalt werden (Art. 6).<sup>29</sup> Die Geltung von AGB kann sich auch aus beachtlichen Gebräuchen oder Gepflogenheiten ergeben, Art. 9.<sup>30</sup> Ansonsten müssen AGB so wie andere Vertragsinhalte auch in die den Vertragsschluss initiiierende Erklärung<sup>31</sup> aufgenommen und auf dieser Basis der Vertrag geschlossen werden.<sup>32</sup> Für die andere Vertragspartei muss anlässlich des Vertragsabschlusses deutlich werden, dass der Verwender nur auf Basis seiner AGB kontrahieren will (Geltungshinweis), und der AGB-Text muss der anderen Seite spätestens zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre vertragskonstitutive Erklärung abgibt, vorliegen (Informationspflicht des Verwenders). Sowohl der AGB-Text als auch der Geltungshinweis sind vorbehaltlich besonderer Umstände zudem in der Verhandlungs- oder in der Heimatsprache der anderen Partei abzufassen.

In Anbetracht dieser Anforderungen, die denen des eigentlichen Vertragsschlusses nahekommen, entfällt weitgehend jede Notwendigkeit, AGB von anderen Vertragsinhalten zu unterscheiden; vielmehr gilt dieser Einbeziehungsmechanismus für alle außerhalb des ureigenen Vertragstextes niedergelegten Vertragsinhalte.<sup>33</sup>

- 13 Schultheiß, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, 2004, 150 f.
- 14 Schultheiß (o. Fußn. 13), 148 ff.
- 15 Kolmasch, in: Schwimann, ABGB Taschenkommentar, 3. Aufl. 2015, § 879 Rdnr. 25; Schultheiß, (o. Fußn. 13), 63 ff., 70.
- 16 Rühl, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003, 189 (206).
- 17 Schultheiß (o. Fußn. 13), 151 f.; Rühl, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003, 189, 205 f.
- 18 Zur Rechtslage vor der Vertragsrechtsreform Magnus, in: DiMatteo/Janssen/Magnus/Schulze, International Sales Law, 2016, Chapter 9 Rdnr. 70.
- 19 Schwenger/Hachem/Kee, Global Sales and Contract Law, 2012, Rdnr. 12.28.
- 20 Näher dazu Steensgaard, NJCL 2015, 1 (9); Rühl, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003, 189 (191 ff.).
- 21 Rahman, EJCL 2015, 101 ff.
- 22 Hafez, Modern Contract and Sales Law in the Middle Eastern and Arab Countries, 2011, 111 f.
- 23 Schultheiß (o. Fußn. 13), 152 ff.; Rühl, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003, 189 (199 ff.); Fejös, abrufbar unter: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/fejös.html> (chapter 11).
- 24 Krit. Gillette/Walt, Sales Law, Domestic and International, 2. Aufl. 2009, 78 ff.; Steensgaard, NJCL 2015, 1 (7 f.) („may provide for a first-shot, a last-shot, or a knockout result“).
- 25 Rühl, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003, 189 (207 f.); Naudé, in: Vogenauer/Kleinheisterkamp, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2009, Art. 2.1.2022 Rdnr. 9 sowie Beale, in: Lando, Principles of European Contract Law, Parts I and II, 2000, 183.
- 26 Vgl. Teryn, in: Schulze, Common European Sales Law (CESL), 2012, Art. 39 Rdnr. 2 ff.
- 27 Schroeter, in: Schlechtriem/Schwenger, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl. 2013, Art. 14 Rdnr. 33; Magnus, in: Staudinger, Wiener UN-Kaufrecht, Neubearbeitung 2013, Art. 14 Rdnr. 40.
- 28 CISG-AC Opinion no. 13, IHR 2014, 34, 36; Gruber, in: MUKoBGB, 7. Aufl. 2016, Art. 14 Rdnr. 27; BGH NJW 2002, 370 ff., IHR 2002, 14 ff.; OGH IHR 2004, 148, 153.
- 29 OLG Stuttgart IHR 2016, 236, 237; OLG Düsseldorf IHR 2005, 24, 26.
- 30 Hof's-Gravenhage CISG-online Nr. 2441; OGH IHR 2006, 31, 33.
- 31 Das ist typischerweise das Vertragsangebot, kann aber auch eine das Vertragsangebot auslösende invitatio ad offerendum sein, vgl. Rechtbank Den Haag CISG-online Nr. 2629.
- 32 Näher dazu Piltz, in: MAH Int. WirtschaftsR, § 7 Rdnr. 93 ff.; grundlegend BGH NJW 2002, 370 ff., IHR 2002, 14 ff.
- 33 Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 6. Aufl. 2016, Rdnr. 251; vgl. auch Magnus (o. Fußn. 18), Chapter 9, Rdnr. 9 sowie Steensgaard, NJCL 2015, 1 (33).

Das UN-Kaufrecht stellt strengere Anforderungen an die vertragliche Einbeziehung von AGB als das deutsche Recht,<sup>34</sup> soweit es um innerdeutsche B2B-Verträge geht. Ausländische Rechtsordnungen gehen zuweilen noch weiter.<sup>35</sup> Wegen des zwingenden Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO kann der AGB-Verwender bei internationalen Geschäften daher auch bei Geltung des deutschen BGB nicht davon ausgehen, dass ausbleibender Widerspruch der anderen Vertragspartei gegenüber seinem AGB-Geltungshinweis die Einbeziehung seiner AGB zur Folge hat. Vielmehr müssen je nach Zielland unterschiedlichste Einbeziehungsvoraussetzungen berücksichtigt werden.<sup>36</sup> Demgegenüber ist mit dem UN-Kaufrecht in allen Vertragsstaaten eine einheitliche Grundlage für die AGB-Einbeziehung geschaffen.

Manche Rechtsordnungen – wie etwa §§ 307 ff. BGB – sehen zudem vor, dass in einen Vertrag einbezogene AGB-Klauseln auch einer inhaltlichen Kontrolle unterworfen werden. Da die Inhaltskontrolle die Gültigkeit der AGB-Klausel prüft und Rechtsfragen der Gültigkeit aus dem UN-Kaufrecht ausgeklammert sind (Art. 4 Satz 2 (a) CISG), unterliegt die Inhaltskontrolle nationalem Recht. Dessen ungeachtet hat sie den Wertungen des UN-Kaufrechts Rechnung zu tragen.<sup>37</sup>

#### IV. Kollidierende AGB

Nachdem das UN-Kaufrecht keine spezifischen Vorschriften zu AGB-Themen enthält, regelt es auch nicht gezielt die Situation, dass sich Verkäufer und Käufer jeweils auf ihre eigenen AGB berufen (battle of forms). Zwar hat der belgische Delegierte auf der Konferenz in Wien die Normierung der knock-out rule vorgeschlagen. Dieser Vorschlag erfuhr jedoch deutlichen Widerstand, auch von deutscher Seite. Vielmehr war man der Ansicht, dass die Zeit für eine Festlegung noch nicht gekommen sei und der im Wortlaut praktisch identische Vorgänger des jetzigen Art. 19 Abs. 1 CISG eine „fairly satisfactory“ Lösung vermittele. In nachfolgender Abstimmung wurde der belgische Vorschlag abgelehnt.<sup>38</sup>

Grundsätzlich besteht Übereinstimmung, dass die Lösung für das battle of forms in dem UN-Kaufrecht zu suchen ist.<sup>39</sup> Die Rechtsprechung wendet im Falle kollidierender AGB<sup>40</sup> gestützt auf Art. 19 Abs. 1 CISG überwiegend die last-shot rule an.<sup>41</sup> Drei Urteile favorisieren die knock-out rule.<sup>42</sup> Zwei Gerichte räumen allerdings ein, dass die Anwendung der last-shot rule zu dem gleichen Ergebnis führt.<sup>43</sup> In der Literatur werden ebenfalls beide Ansätze vertreten. Während in Europa häufig die knock-out rule favorisiert wird,<sup>44</sup> präferieren andere Autoren die Theorie des letzten Wortes.<sup>45</sup> Für die in den Niederlanden vertretene first-shot rule<sup>46</sup> bietet das UN-Kaufrecht keine Ansätze.

Da AGB fast immer Inhalte der in Art. 19 Abs. 3 CISG geregelten Art zum Gegenstand haben, ist Ausgangspunkt zur Lösung des battle of forms Art. 19 Abs. 1 CISG.<sup>47</sup> Der Verweis des Empfängers des Vertragsangebots auf die Geltung seiner eigenen AGB anstelle der AGB des Offerenten ist danach eine Ablehnung des Vertragsangebots des Offerenten und zugleich ein Gegenangebot. Bis zu einer Annahme dieses oder eines weiteren Gegenangebots ist der Vertrag noch nicht geschlossen. Mit – in der Regel konkludenter – Annahme beurteilt sich

der Vertragsinhalt dann nach den AGB der Partei, die zuletzt auf ihre AGB verwiesen hat.

Konkludentes Verhalten, das typischerweise als Annahmeerklärung gewertet wird,<sup>48</sup> kann in der vorliegenden Konstellation nicht anders gewichtet werden,<sup>49</sup> es sei denn dass eine andere Intention des Handelnden klar erkennbar wird. Die konkludent handelnde Partei, die ihr Verhalten missverstanden sieht, kann allerdings nach nationalem Recht zu einer Anfechtung wegen Irrtums<sup>50</sup> berechtigt sein.

Die Parteien sind jedoch nicht an diese gesetzliche Vorlage gebunden. Nach Art. 6 CISG können sie vereinbaren, dass AGB-Kollisionen der Einigung über den eigentlichen Leistungsaustausch untergeordnet sind und dem Zustandekommen des Vertrages nicht entgegenstehen. An eine solche Vereinbarung sind allerdings gleiche Maßstäbe anzulegen wie bei der Abänderung sonstiger Vorschriften, da – anders als nach autonomem deutschem Recht<sup>51</sup> – AGB im UN-Kaufrecht sich nicht von anderen außerhalb des Vertragstextes niedergelegten Ver-

34 S. dazu oben unter 1.

35 Vgl. etwa Art. 1119 Abs. 1 Code Civil (Frankreich), oben Text zu Fußn. 18, und Art. 1341 Abs. 2 Codice Civile (Italien); näher dazu *Martiny*, in: *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rdnr. 3-59.

36 Näher dazu *Hausmann*, in: *Staudinger*, Internationales Vertragsrecht 1, Neubearbeitung 2011, Art. 10 Rom I-VO Rdnr. 83; *Ferrari*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger*, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. 2012, Art. 10 Rom I-VO Rdnr. 34.

37 *Lorenz*, in: *Witz/Salger/Lorenz*, Internationales Einheitsrecht, 2. Aufl. 2016, Art. 4 Rdnr. 18.

38 Zu den Verhandlungen in Wien *Honnold*, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, 1989, S. 509 f., 668; *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods*, *Official Records (A/CONF.97/19)*, 1981, 288 f.; ausführlich *Fejós*, abrufbar unter: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/fejós.html> (l. 4.).

39 *Gruber* (o. Fußn. 28), Art. 19 Rdnr. 18; *Magnus*, in: *FS Jan Hellner*, 2007, 185, 188.

40 Zu der Situation, dass in der Annahmeerklärung erstmals auf AGB verwiesen wird, vgl. *OLG Düsseldorf IHR* 2005, 24, 26; *OLG Saarbrücken CISG-online* Nr. 83; *Tribunale di Rovereto CISG-online* Nr. 1374 und *Kantonsgericht St. Gallen IHR* 2011, 149, 150.

41 *United States Court of Appeals for the 7th Circuit CISG-online* 2811; *So- og Handelsretten CISG-online* Nr. 2789; *United States District Court, Western District of Pennsylvania CISG-online* Nr. 2490; *Tribunale di Rovereto CISG-online* Nr. 1590; *OLG Linz IHR* 2007, 123, 126 f.; *OLG Köln IHR* 2006, 147, 148; *Hoff van Beroep te Gent, U.v. 7.11.2005*, nicht veröffentlicht; offen gelassen *OGH IHR* 2002, 74, 76.

42 *OLG Düsseldorf CISG-online* Nr. 919; *BGH NJW* 2002, 1651, 1652, *IHR* 2002, 16, 18 f.; *AG Kehl NJW-RR* 1996, 565.

43 *OLG Düsseldorf CISG-online* Nr. 919; *BGH NJW* 2002, 1651, 1653, *IHR* 2002, 16, 19; dazu *Perales Viscasillas*, *VJ* 2002, 217 sowie *Magnus*, *ZEUP* 2002, 523, 533.

44 Aus der jüngeren Zeit *Schlechtriem/Schroeter* (o. Fußn. 33), Rdnr. 285 ff. sowie die Nachweise bei *Schroeter*, in: *Schlechtriem/Schwenzer*, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4. Aufl. 2016, Art. 19 Fußn. 139.

45 Aus der jüngeren Zeit *Gillette/Walt*, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2. Aufl. 2016, 98 und *Steenstaad*, *IHR* 2015, 89 (93) sowie die Nachweise bei *Schroeter* (o. Fußn. 45), Art. 19 Fußn. 136; so auch *Jimenez*, *ICC Guide to Export/Import*, 4. Aufl. 2012, 69.

46 S. oben Text nach Fußn. 24.

47 *Gruber* (o. Fußn. 28), Art. 19 Rdnr. 18; *Schroeter* (o. Fußn. 44), Art. 19 Rdnr. 32; *Magnus* (o. Fußn. 27), Art. 19 Rdnr. 20, 22.

48 *Schroeter* (o. Fußn. 44), Art. 18 Rdnr. 12 f.; *Gruber* (o. Fußn. 28), Art. 18 Rdnr. 3 ff.; *Magnus* (o. Fußn. 27), Art. 18 Rdnr. 10 f.

49 Vgl. *Magnus* (o. Fußn. 27), Art. 19 Rdnr. 22 sowie *OLG Saarbrücken CISG-online* Nr. 83 und *Kantonsgericht St. Gallen IHR* 2011, 149, 150.; krit. *Schlechtriem/Schroeter* (o. Fußn. 33), Rdnr. 287 sowie *Steenstaad*, *NJCL* 2015, 1, 11.

50 *Magnus* (o. Fußn. 27), Art. 4 Rdnr. 20.

51 Vgl. *Stoffels* (o. Fußn. 9), Rdnr. 320; *Schwab*, *AGB-Recht*, 2. Aufl. 2014, Rdnr. 276.

tragsinhalten unterscheiden<sup>52</sup> und daher nicht lediglich nachrangige oder untergeordnete Vertragsinhalte sind.<sup>53</sup> Daher ist nicht vertretbar, für AGB-Kollisionen großzügigere Abänderungsvereinbarungen zu befürworten. Vielmehr bedarf es stets einer hinreichend belegten Willenseinigung beider Parteien, die zwar auch konkludent erfolgen, aber nicht hypothetisch unterstellt werden kann.<sup>54</sup> Mangels einer ausdrücklichen Abänderungsvereinbarung wäre, wenn – in der Praxis kaum vorkommend – nicht ein gleichzeitiges konkludentes Abänderungshandeln beider Parteien festgestellt werden kann, allenfalls denkbar, das Handeln des Empfängers des Gegenangebots als Ablehnung des Gegenangebots und im Hinblick auf die AGB-Kollision als Vorschlag zur Abänderung des Art. 19 CISG zu konstruieren. Da damit der Vertrag bis zum korrespondierenden Verhalten der anderen Partei weiter offen bliebe, müsste man unterstellen, dass diese Partei zwar vertragstypisch handelt, d. h. häufig Leistungen erbringt, gleichwohl aber weiß, dass ein Vertrag noch gar nicht geschlossen ist, sondern von der Reaktion der anderen Partei abhängt. Eine solche Auslegung dürfte nur selten der Lebenswirklichkeit entsprechen.

Soweit im Hinblick auf die AGB-Kollision eine Abänderungsvereinbarung der Parteien nach Art. 6 CISG feststellbar sein sollte, ist deren Inhalt genau auszuleuchten. Sind die Parteien übereingekommen, dass Art. 19 Abs. 3 CISG auf kollidierende AGB-Inhalte keine Anwendung findet, weil die AGB-Kollision für den Vertrag nicht wesentlich ist, bestimmt Art. 19 Abs. 2 CISG, dass vorbehaltlich eines Widerspruchs des Offerenten die AGB der anderen Partei (last-shot) gelten.<sup>55</sup> Wenn die Parteien hingegen die Geltung des Art. 19 Abs. 1 CISG bezüglich der AGB-Kollision ausschließen, bleiben die AGB des Offerenten (first-shot) anwendbar.

Auch in den AGB enthaltene Ausschließlichkeitsklauseln können den nach Art. 19 CISG vorgesehenen Mechanismus nicht abändern. Der Verwender kann seine Erklärung zwar mit der Maßgabe ausbringen, dass sie nur unverändert angenommen werden kann. Der Hinweis des Erklärungsempfängers auf seine eigenen AGB führt dann aber unmittelbar zur Anwendung von Art. 19 CISG.

In den AGB formulierte Abwehrklauseln rechtfertigen kein anderes Ergebnis. Die Bedeutung späteren Verhaltens wie etwa die vorbehaltlose Entgegennahme der Leistung der Partei, die zuletzt auf ihre AGB verwiesen hat, durch die andere Partei ist zuvorderst an Art. 8 CISG zu messen.<sup>56</sup> Solange eine spätere Willensänderung für die andere Partei nicht erkennbar ausgeschlossen ist, muss die Fortgeltung einer bei Fertigung des Vertragsangebots formulierten Intention bei der Beurteilung zeitlich davon abgesetzten Verhaltens, das isoliert für sich betrachtet zu einer anderen Auslegung, nämlich der konkludenten Annahme der AGB der Partei, die zuletzt auf ihre AGB verwiesen hat, führt,<sup>57</sup> deutlich gemacht werden.

Widersprechen sich die frühere Erklärung und das spätere Verhalten einer Partei, ist grundsätzlich vom Vorrang des letzteren auszugehen.<sup>58</sup> Diese Auslegung berücksichtigt, dass der Empfänger der Offerte zwischenzeitlich durch sein Gegenangebot deutlich gemacht hat, dass er seine AGB anstelle der AGB des Offerenten angewendet wissen will, und folglich eine

neue Sachlage eingetreten ist. Möchte die objektiv betrachtet jetzt konkludent Zustimmung äuernde Partei nicht an ihrem aktuellen Verhalten, sondern an ihrer früheren Abwehr-Erklärung gemessen werden, muss sie dies daher anlässlich des konkludenten Verhaltens deutlich zum Ausdruck bringen.<sup>59</sup> Dies gilt umso mehr, da sie ihr Verhalten zum Nachteil der anderen Seite als deren AGB-Angebot ablehnend und damit abweichend von der Normwertung des Art. 18 Abs. 1 CISG und des nach Art. 8 CISG maßgeblichen Empfängerhorizonts verstanden wissen möchte.

Bei der Anwendung und Auslegung des UN-Kaufrechts ist zudem Art. 7 CISG zu berücksichtigen und auf eine international einheitliche Anwendung Bedacht zu nehmen. Zu vermeiden ist insbesondere ein „homeward trend“.<sup>60</sup> Die die knock-out rule befürwortenden Entscheidungen<sup>61</sup> berufen sich auf eine „herrschende Meinung“ und begründen ihre Entscheidung lediglich damit, dass die Parteien durch die nachfolgende Vertragsdurchführung zu erkennen gegeben hätten, dass sie die fehlende AGB-Übereinstimmung nicht als wesentlich erachteten. Diese Argumentation ohne Erwähnung anderer Deutungsmöglichkeiten, ohne Erörterung des Art. 19 Abs. 2 CISG<sup>62</sup> und ohne weitere Auseinandersetzung mit ausländischen Urteilen und Literatur scheint allerdings eher national eingefärbt zu sein.

Zwar ist die Restgültigkeitslösung (knock-out rule) bei Geltung des UN-Kaufrechts nicht prinzipiell verschlossen, bedarf jedoch an dem UN-Kaufrecht orientierter konstruktiver Erläuterungen, die von den Befürwortern kaum unternommen werden, und kann wohl nicht als die international „herrschende Meinung“ ausgegeben werden,<sup>63</sup> sodass sie dem Ziel der einheitlichen Anwendung des UN-Kaufrechts bislang eher zuwiderläuft.

Schließlich scheidet die knock-out rule als Lösungsansatz völlig aus, wenn der Empfänger der Offerte nicht eine abweichende Annahmeerklärung im Sinne des Art. 19 CISG abgibt, sondern unabhängig von der Offerte ein eigenes Vertragsangebot unterbreitet, dem er seine AGB zu Grunde legt.

## V. Parteiinteressen

Die Autoren, die die knock-out oder Restgültigkeits-Theorie befürworten, argumentieren vor allem mit den Interessen der

52 S. oben Text zu Fußn. 33.

53 S. ferner unten Text zu Fußn. 80; Steensgaard, NJCL 2015, 1 (33); ä. A. Magnus (o. Fußn. 39), 185, 193 („second class contract terms“).

54 Huber, in: MÜKoBGB, 7. Aufl. 2016, Art. 6 Rdnr. 27, Art. 29 Rdnr. 1; Magnus (o. Fußn. 27), Art. 6 Rdnr. 10.

55 Gruber (o. Fußn. 28), Art. 19 Rdnr. 22; vgl. OLG Koblenz IHR 2003, 66, 67.

56 Gruber (o. Fußn. 28), Art. 8 Rdnr. 1; Magnus (o. Fußn. 27), Art. 8 Rdnr. 8.

57 S. oben Fußn. 48.

58 Ferrari, in: MÜKoBGB, 3. Aufl. 2013, Art. 8 Rdnr. 16; Magnus (o. Fußn. 27), Art. 8 Rdnr. 26; vgl. auch OLG Hamm U. v. 28.6.2006 – 19 U 174/05, BeckRS 2010, 22927.

59 Vgl. Gillette, International Sales Law, 2016, 55 („Since the speaker is in the best position to know and clarify its meaning, placing the risk of misunderstanding on that party is consistent with reducing the transaction costs of the parties, and with the presumed preferences of commercial actors.“).

60 Schlechtriem/Schroeter (o. Fußn. 33), Rdnr. 91; näher dazu Schwenzer, IHR 2010, 45 ff.; Ferrari, IHR 2009, 8 ff.

61 S. oben Fußn. 42.

62 S. oben Text zu Fußn. 55.

63 S. oben Text zu Fußn. 40 bis 45.

Parteien, die für eine solche Lösung und gegen die last-shot rule sprechen. So wird gesagt, dass die last-shot rule ein Ping-Pong von Vertragserklärungen auslöse;<sup>64</sup> in der Praxis ist das aber kaum feststellbar. Immer wieder wird angeführt, die knock-out rule sei ausgewogener und interessengerechter, weil es nicht zu zufälligen oder manipulierbaren Ergebnissen komme;<sup>65</sup> dagegen steht, dass die last-shot rule beiden Parteien die gleiche Chance einräumt,<sup>66</sup> ihre AGB durchzusetzen oder sich anders zu einigen. Die der last-shot rule zugeschriebenen Transaktionskosten<sup>67</sup> sind bei der heutigen elektronischen Kommunikation unbeachtlich. Bei Geltung der knock-out rule fällt hingegen zusätzlicher Aufwand an, um den von keiner Partei so gewollten Vertragsinhalt – zuweilen nur gerichtlich möglich – zu bestimmen,<sup>68</sup> während die last-shot rule zu einfachen und vorhersehbaren Ergebnissen führt. Die Notwendigkeit zur Einschaltung eines Gerichts spricht auch gegen die best-shot rule, nach der das Gericht die „more efficient“ AGB bestimmen soll.<sup>69</sup>

Für die knock-out rule wird immer wieder angeführt, dass die Parteien mit Durchführung des Vertrages erkennen lassen, dass die widersprüchlichen AGB letztlich unwesentlich sind und von beiden Parteien als den Vertragsabschluss störend aufgegeben werden.<sup>70</sup> Die Annahme, dass den Parteien das Zustandekommen und die Durchführung des Vertrages wichtiger sind, als die Durchsetzung ihrer AGB mag für nationale Geschäfte zutreffen, da beide Parteien letztlich in der gleichen Rechtsordnung leben und der Gesetzgeber beiden Parteien die gleichen Schranken für die inhaltliche Ausgestaltung der AGB gesetzt hat.

Diese Annahme lässt sich aber nicht unreflektiert auf internationale Transaktionen übertragen.<sup>71</sup> Auch wenn mit dem UN-Kaufrecht eine breite gemeinsame Basis existiert, bleiben doch einige für die kaufmännische Praxis nicht unwichtige Regelungsinhalte außen vor und bedürfen folglich einer vertraglichen Absicherung.

So regelt das UN-Kaufrecht nicht die Zulässigkeit der Begrenzung der Schadensersatzhaftung,<sup>72</sup> die Inhaltskontrolle von AGB,<sup>73</sup> die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen,<sup>74</sup> für die allein in der EU je nach beteiligtem Land Fristen von 6 Monaten<sup>75</sup> bis zu 6 Jahren<sup>76</sup> in Betracht kommen, die vertragsexterne Aufrechnung<sup>77</sup> sowie währungsrechtliche Rechtsfragen.<sup>78</sup> Auch ist nicht abschließend geklärt, an welchem Maßstab internationale Absprachen zu gerichtlichen Zuständigkeiten zu messen sind.<sup>79</sup>

Anders als bei nationalen können diese Regelungsbereiche bei internationalen Geschäften zu deutlichen, versicherungstechnisch nicht abgesicherten Verschiebungen des Haftungs- und Risikopotenzials führen, die in der Regel von den Parteien nicht gewollt sind und demzufolge in Ein- oder Verkaufs-AGB ausgestaltet werden.

Nach den Erfahrungen des Autors<sup>80</sup> sucht die Praxis auf unterschiedlichen Wegen, ihre AGB zumindest in den wesentlichen Teilen zur Geltung zu bringen. Bei mangelnder Flexibilität der Gegenseite wird auch das Scheitern des Geschäfts nicht ausgeschlossen. Die Durchführung erfolgt gewöhnlich in der – nicht immer zutreffenden – Annahme, dass die eigenen AGB im Wesentlichen gelten. Das kann

eigentlich nur heißen, dass AGB im internationalen Geschäft von den Parteien nicht als unwesentlich oder gleichgültig gesehen werden.<sup>81</sup>

## VI. Ergebnis

Die zur Lösung der Problematik des battle of forms jeweils angeführten Parteiinteressen vermitteln kein eindeutiges Bild. Zudem wird nicht hinreichend berücksichtigt, dass die unter nationalem Recht entwickelten Überlegungen nicht unreflektiert auf internationale Sachverhalte übertragen werden können.

Für den Rechtsanwender steht nicht die an Interessen orientierte, sondern die am Gesetz ausgerichtete Lösung im Vordergrund. AGB sind im UN-Kaufrecht nicht nachrangige oder untergeordnete Vertragsinhalte. Die Partei, die sich auf Art. 19 CISG verlässt, darf daher nicht ohne Notwendigkeit enttäuscht werden. Zwar können die Parteien abweichende Absprachen treffen; dazu bedarf es aber nachvollziehbarer Abänderungsvereinbarungen, die nicht durch den Hinweis auf Parteiinteressen ersetzt werden können. Zudem ist stets eine international einheitliche Anwendung anzustreben.

Ausgangspunkt zur Lösung des battle of forms ist demnach die in Art. 19 CISG formulierte last-shot rule oder Theorie des letzten Wortes. Vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung der Parteien ist dieser Lösungsansatz allerdings anzupassen, wenn beide Parteien den Kaufvertrag durchführen, gleichwohl aber weiter auf kollidierende AGB verweisen, wenn ein Vorbehalt nach Art. 96 CISG die Formbedürftigkeit des Vertragsabschlusses zur Folge hat, aus anderen Gründen eine rechtzeitige konkludente Annahme nicht in Betracht kommt oder der Vertragsabschluss sich gänzlich außerhalb des in Art. 14 ff. CISG vorgesehenen Mechanismus vollzogen hat.

64 Rühl, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003, 189 (215 f.).

65 Gruber (o. Fußn. 28), Art. 19 Rdnr. 24; Rahman, EJCCL 2015, 101 (105); CISG-AC Opinion no. 13, IHR 2014, 34 (no. 10.6); Magnus (o. Fußn. 27), Art. 19 Rdnr. 24; Kröll/Hennecke, RIW 2001, 736 (740).

66 Steensgaard, NJCL 2015, 1 (12).

67 Rühl, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003, 189 (212 f.).

68 Vgl. Stoffels (o. Fußn. 9), Rdnr. 322; Gillette, International Sales Law, 2016, 41; Steensgaard, NJCL 2015, 1 (17); Rühl, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003, 189 (217 ff.).

69 Näher dazu Rühl, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003, 189 (221 ff.).

70 Gruber (o. Fußn. 28), Art. 19 Rdnr. 24; Schroeter (o. Fußn. 44), Art. 19 Rdnr. 41; Rühl, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003, 189 (210 f.).

71 Der Autor arbeitet fast ausschließlich im Bereich des internationalen Warenverkehrs und befragt immer wieder die Teilnehmer der von ihm seit Jahren regelmäßig durchgeführten Seminare bei Industrie- und Handelskammern.

72 CISG-AC Opinion no. 17, IHR 2017, 127 (no. 1.24 ff.).

73 Magnus (o. Fußn. 27), Art. 4 Rdnr. 24 ff.

74 Ausführlich Hachem, IHR 2017, 1, 12 ff.

75 Spanien: 6 Monate, Art. 1490 Código Civil.

76 England und Wales: 6 Jahre, Section 5 Limitation Act 1980.

77 Piltz, in: MAH Int. WirtschaftsR, § 7 Rdnr. 237.

78 Vgl. Art VIII Abschnitt 2 (b) Abkommen über den Internationalen Währungsfonds von 1944 sowie Schlechtriem/Schroeter (o. Fußn. 33), Rdnr. 515.

79 BGH IHR 2015, 157 (Nr. 56); aA Schlechtriem/Schroeter (o. Fußn. 33), Rdnr. 208; krit. Magnus, ZEuP 2017, 140, 156 f.

80 O. Fußn. 71

81 Vgl. Rühl, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 2003, 189 (213).

## VII. Summary

In contrast to scholarly opinions advocated in particular in Europe, the author endorses the last-shot rule to resolve the problem of the battle of forms in contracts governed by the CISG.

The interests of the parties invoked by those who prefer the knock-out rule are different in international settings and do not consider General Terms and Conditions as second class stipulations. Furthermore, the mechanism of contract formation set up in the CISG does not reflect the knock-out rule and the obligation to promote uniformity in the application of the CISG points to the last-shot rule. As the provisions of the CISG are not mandatory, the parties may agree otherwise and covenant the

knock-out rule. However, such an agreement cannot be presumed unless there are clear indications by both parties to deviate from the rules set up in the CISG.



Prof. Dr. Burghard Piltz

**Dr. Sven Hasenstab\***

# Neuausrichtung der DIS-Regeln

Eine abschließende Bestandsaufnahme: §§ 8–11 und 21–45

Die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) wird sich 2018 eine neue Schiedsgerichtsordnung (DIS-SchO) geben. Der Autor hat in einem ersten Teil dieses Beitrags bereits den Status quo sowie die wichtigsten Neuerungen in den §§ 1–20 dargestellt (IWRZ 2017, 115 ff.). In diesem zweiten Teil werden nunmehr die Neuregelungen betreffend objektive und subjektive Klagehäufung, sowie die wichtigsten Neuerungen zum Verfahren vor dem Schiedsgericht und zu den Kosten des Schiedsverfahrens dargestellt und mit der aktuellen ICC-Schiedsgerichtsordnung von 2017 (ICC-SchO) verglichen. Dem Beitrag liegt der Bearbeitungsstand der DIS-Regeln vom 7.7.2017 zu Grunde. Es handelt sich dabei nicht um die finale Version. Diese wird die DIS in Kürze vorlegen.

## I. Objektive und subjektive Klagehäufung, §§ 8–11

Die Verbindung mehrerer Schiedsverfahren sowie das Führen von Schiedsverfahren mit mehr als zwei Parteien stellen Schiedsverfahrensgesetze und Schiedsordnungen seit jeher vor große Herausforderungen.<sup>1</sup> Grund ist, dass ein Schiedsgericht seine Legitimation, über Streitigkeiten verbindlich durch Schiedsspruch zu entscheiden, letztlich nur aus einer Parteivereinbarung ziehen kann. Sollen jedoch Schiedsverfahren zu einem Verfahren verbunden werden oder soll über Ansprüche aus mehreren Verträgen oder zwischen mehreren Parteien in einem einheitlichen Verfahren entschieden werden, stellt sich regelmäßig die Frage, wie genau die entsprechenden Schiedsvereinbarungen abgefasst sein müssen, um aus ihnen das Mandat herzuleiten, wonach ein einziges

Schiedsgericht in einem einzigen Schiedsverfahren entscheiden kann.

In dem Entwurf der DIS-SchO 2018 (SchO-E) finden sich die einschlägigen Regelungen zur objektiven und subjektiven Klagehäufung in den §§ 8–11. Dabei erfasst § 8 Regelungen zur Verbindung mehrerer Schiedsverfahren, § 9 Regelungen zu Mehrvertragsverfahren, § 10 Regelungen zu Mehrparteiverfahren und § 11 Regelungen zur Einbeziehung zusätzlicher Parteien. Die aktuelle, noch nicht überarbeitete DIS-SchO enthält hingegen nur Regelungen über Mehrparteiverfahren in § 13. Explizite Regelungen zur objektiven Klagehäufung fehlen.

Im Blick auf diese neuen Regeln liegt der SchO-E nach Auffassung der DIS ein „jedenfalls im Vergleich zu manchen anderen Institutionen (ICC) – eher konservativer Ansatz“ zu Grunde. Denn bei Streitigkeiten steht immer nur eine Entscheidung des Schiedsgerichts zur Debatte, aber keine Vorabentscheidung durch die DIS bzw. ihres Ernennungsausschusses. Zudem darf das zur Entscheidung eines Streitfalls aktuell berufene Schiedsgericht über eine Verbindung mit anderen Verfahren nicht auf Grund reiner Zweckmäßigkeitserwägungen entscheiden.<sup>2</sup>

\* Der Autor ist Rechtsanwalt sowie Fachanwalt für Handels- Gesellschaftsrecht bei BRANDI Rechtsanwälte in Hannover und außerdem als Schiedsrichter tätig. Er dankt Referendarin Alexandra Ufer für die Korrektur des Manuskripts.

1 S. nur zu Mehrparteienkonflikten Hamann/Lennarz, SchiedsVZ 2006, 289 sowie kürzlich zum Problem gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten: BGH DNotZ 2016, 131.

2 Redaktionsausschuss der DIS, Kurzerläuterungen zu den Textentwürfen für das Arbeitstreffen des EA am 28.6.2017, S. 2.