

den Nachweispflicht zu erfüllen hat, um die Zahlungsverpflichtung der Garantiebanc auszulösen. Parallel hierzu besteht die Prüfungspflicht der Garantiebanc.

Aus der Sicht des deutschen Rechts ist der Garantiebegünstigte nach dem Grundsatz der formellen Dokumentenstrenge grundsätzlich verpflichtet, eine eindeutige Erklärung darüber abzugeben, was als Voraussetzung für den Eintritt der Zahlungspflicht in einer konkreten Garantieurkunde geregelt ist. Zur Auslegung der Voraussetzungen des formellen Garantiefalls kann nicht auf den Inhalt des im Grundverhältnis zwischen den Beteiligten geschlossenen Vertrags zurückgegriffen werden. Zweck der abstrakten Garantie ist es, dass der Begünstigte schnell und unkompliziert seinen Zahlungsanspruch aus der Garantie realisieren kann.

Einwendungen aus dem Grundgeschäft sind bei der Inanspruchnahme einer Bankgarantie auf erstes Anfordern grundsätzlich ausgeschlossen. Die Zahlungspflicht entfällt aber ausnahmsweise nach der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung dann, wenn dem Garantiebegünstigten keine materielle Berechtigung zusteht und er seine formale Rechtsposition missbraucht. Dies muss klar, eindeutig und zweifelsfrei erkennbar und nach der BGH-Rechtsprechung „offensichtlich und liquide beweisbar“ sein. Es liegt dann kein rechtsmissbräuchliches Handeln des Garantiebegünstigten vor, wenn die Inanspruchnahme der Bankgarantie nach den Voraussetzungen des formellen Garantiefalls durch die Bedingungen des materiellen Garantiefalls auf der Grundlage des zugrundeliegenden Vertrags gedeckt wird.

Der Garantiebegünstigte handelt bei der Garantieinanspruchnahme rechtmäßig, wenn er sich auf ein Recht berufen kann, das sich aus dem Grundvertrag ergibt. Liegt diese Bedingung nicht vor, kommt ein Abwehrmittel zugunsten des Garantierauftraggebers, der letztendlich mit dem von der Garantiebanc ausgezahlten Garantiebetrag belastet wird, durch Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes in Betracht. Im Wesentlichen ist die Rechtslage in vielen anderen Ländern vergleichbar, wenn auch im rechtsdogmatischen Ansatz nicht ganz einheitlich.

Wie das vorliegende Urteil zeigt, unterliegen die Details hierzu in England einer ständigen Entwicklung. Es ist dieser Entscheidung zu verdanken, dass diese Tatsache nun noch einmal sehr deutlich geworden ist. Das Urteil schärft die Sensibilität hinsichtlich dieser Thematik, stellt aber möglicherweise noch nicht das Ende der Entwicklung auf diesem Gebiet dar. Rechtsgrundsätze, die aufgrund der vorangegangenen englischen Rechtsprechung schon als etabliert galten, werden nun noch einmal auf den Prüfstand gestellt. Das Thema muss im Auge behalten bleiben. Bevor der Court of Appeal hierzu keine neuen Leitlinien vorgibt, bleibt die Entscheidung im Einzelfall sehr schwierig, ob einstweiliger Rechtsschutz zur Abwehr einer vermeintlich rechtsmiss-

bräuchlichen Inanspruchnahme einer Bankgarantie gewährt werden kann. Es bleibt zu hoffen, dass die Tauglichkeit der abstrakten Bankgarantie nicht eingeschränkt wird, damit sie ihren Zweck als Zahlungssicherungsmittel bei internationalen Handelsgeschäften erfüllen kann und auch in strittigen Einzelfällen weiterhin für einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Parteien des Grundgeschäfts sorgen kann. Dies scheint aber nach diesem Urteil nicht zu befürchten zu sein.

Quelle und weiterführender Hinweis:

- High Court, Urteil vom 02.02.2015, MW High Tech Projects UK Ltd, [2015] EWHC 949 (TCC).



Versicherung und Warenbegriff der Incoterms



Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Graf von Bernstorff, Ahlers & Vogel Bremen

Die Incoterms 2010 enthalten Bestimmungen zum Versicherungsvertrag und verweisen in zwei Klauseln (CIF und CIP) nur auf eine Mindestdeckung. Fraglich ist, ob die Vertragsparteien darüber hinausgehende Pflichten haben, wie sie sich etwa aus der Anwendung des UN-Kaufrecht (CISG) ergeben. In diesem Zusammenhang stellt sich dann auch die Frage, was alles vom Incoterms-Begriff der „Ware“ umfasst wird.

INHALT

- Transportversicherung
 - Versicherungspflicht nach CIF
 - Weitergehende Pflicht gemäß Art. 32 Abs.2 CISG
 - Geltung von „Gebrauchen“
 - Versicherungspflicht
 - Cif
 - Versicherungspflicht auch ohne Lieferbedingung?
 - Schadensersatzpflicht
 - Ergebnis
- Begriff „Ware“
 - Bewegliche Sache
 - Software

Transportversicherung

Die Incoterms – Regeln enthalten jeweils in A 3 / B 3 eine Bestimmung zum Versicherungsvertrag.

- Entweder hat der „Verkäufer gegenüber dem Käufer keine Verpflichtung, einen Versicherungsvertrag abzuschließen (EXW, FCA, CPT, DAT, DAP, DDP, FAS, FOB, CFR),
- oder aber der Verkäufer hat auf eigene Kosten eine Transportversicherung abzuschließen, die zumindest der Mindestdeckung gemäß den Klauseln C der Institute Cargo Clauses ... entspricht“ (CIP, CIF).

In den Fällen der vereinbarten Versicherungspflicht (CIP, CIF) geht es also nur um eine Transportversicherung, die eine

Mindestdeckung aufweisen muss. Die Institute Cargo Clauses 2009 gibt es in drei Kategorien, wobei die Incoterms – Regeln CIP / CIF A 3 von Kategorie C ausgehen:

- Kategorie C bietet nur einen Mindestschutz bei Elementarschadensereignissen (große Havarie, Feuer, Naturkatastrophen),
- Kategorie B nimmt nur die Schadensereignisse in Deckung, die in der Versicherungspolice aufgeführt sind,
- Und Kategorie A gewährt den umfangreichsten Versicherungsschutz mit voller Indeckungnahme aller Risiken.

Will der Käufer also erreichen, dass er weitgehenden oder umfassenden Versicherungsschutz erhält, muss er dies über die Incoterms – Klausel CIP oder CIF hinaus ausdrücklich vereinbaren.

Auch der Bezug zum CISG ändert an dieser Situation nichts. Zwar normiert Art. 32 CISG einige Verpflichtungen des Verkäufers hinsichtlich der Beförderung der Ware und geht in Art. 32 Abs.2 CISG davon aus, dass „der Verkäufer...die Verträge zu schließen hat, ..., die zu den *für solche Beförderungen üblichen Bedingungen erforderlich* sind“, doch lässt sich hieraus noch nicht zwingend eine Versicherungspflicht des Verkäufers herleiten.

Bei klarer Festlegung der Vertragsparteien, die sich für eine Incoterms – Klausel entscheiden, wird die Versicherungspflicht geregelt: Eine Versicherungspflicht (mindestens Kategorie C) besteht nur, wenn die Klausel CIF oder CIP vereinbart wurde.

Ansonsten entscheidet der Maßstab, dass *eine Versicherung „üblich“* im Sinne von Art. 32 Abs.2 CISG ist, was der Fall ist, wenn

- ein entsprechender Handelsbrauch im Sinne des Art. 9 Abs.1 CISG festzustellen ist,
- oder wenn wertvolle Waren versendet werden, deren Wert die bei der gewählten Transportart gesetzlich oder frachtvertraglich vorgesehenen Haftungshöchstgrenzen erheblich übersteigt.
- Für Inhalt und Umfang der Versicherung gilt das von den Parteien Vereinbarte, und wenn dieses nicht

vorliegt, der von Art. 32 Abs.2 CISG vorgesehene Maßstab des Angemessenen und Üblichen.

Beispiel: Versicherungspflicht und Handelsbrauch

Ein deutscher Baumwollhändler (K) bestellt auf der Basis der Bedingungen der Bremer Baumwollbörse eine Schiffsladung Baumwolle bei einem ägyptischen Lieferanten (V) „cif Kairo, Incoterms® 2010“. Während der stürmischen Seereise nach Deutschland wird die Ware beschädigt, so dass K von V Schadensersatz verlangt. V dagegen ist der Ansicht, dass ihn die Incoterms – Klausel „cif“ nur zur Versicherung gemäß Institute Cargo Clauses C verpflichtete, was er eingehalten habe; weitergehende Schäden habe er nicht versichert. Kann K von V Schadensersatz verlangen?

Versicherungspflicht nach CIF

K kann von V Schadensersatz verlangen, wenn er – über die eigentliche Cif-Verpflichtung hinaus – *alle* Risiken des Seetransports hätte absichern müssen.

Auf der Grundlage des Kaufvertrages mit darin enthaltener cif-Klausel ist V lediglich verpflichtet, auf eigene Kosten eine Transportversicherung entsprechend der Mindestdeckung der Institute Cargo Clauses Kategorie C abzuschließen. Diese Mindestdeckung schließt allerdings nicht „all risks“ ein und deckt die Schäden des vorliegenden Schadensfalls nicht ab.

Weitergehende Pflicht gemäß Art. 32 Abs.2 CISG

Das CISG ist anwendbar, da beide Parteien ihre Niederlassung in Vertragsstaaten haben, Art. 1 CISG. Art. 32 CISG erlegt dem Verkäufer zusätzliche Verpflichtungen auf, die sich aus der Beförderung der Ware ergeben. Da zur Beförderung unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Versicherung gehören kann, sind die Voraussetzungen insbesondere von Art. 32 Abs.2 CISG zu prüfen.

Art. 32 Abs.2 CISG enthält keine Regelung zu der Frage, ob der Verkäufer zum Abschluss einer Versicherung verpflichtet ist. Andererseits kann allein aus der Tatsache, dass der Kaufvertrag zur Versicherung nichts aussagt, nicht geschlossen, dass es grundsätzlich keinerlei Verpflichtung des Verkäufers hierzu gibt. Vielmehr entscheidet nach Art. 32 Abs.2 CISG der Maßstab, dass

eine Versicherung „üblich“: Das ist der Fall, wenn ein entsprechender *Handelsbrauch im Sinne des Art. 9 Abs.1 CISG* festzustellen ist oder wenn die Parteien (im Sinne von Art. 8 CISG) mit hinreichender Deutlichkeit auf einen „Gebrauch“ hinweisen, auf ihn verweisen oder seine Geltung ausdrücklich vereinbaren. Zu den Handelsbräuchen im Sinne von Art. 9 Abs.1 CISG zählen:

- Tegernseer Gebräuche für den Holzhandel
- Österreichische Holzhandelsusancen
- Bedingungen der Bremer Baumwollbörse usw.

Geltung von „Gebräuchen“

Im vorliegenden Fall haben sich V und K sogar ausdrücklich auf die Geltung der Bedingungen der Bremer Baumwollbörse geeinigt. Diese sehen in § 9 ausdrücklich vor:

§ 9: Wenn Käufer oder Verkäufer eine Verschiffung von Baumwolle versichern, die nach den Bedingungen der Bremer Baumwollbörse kontrahiert wurde, muss die Versicherung einschließen: „Seefrachtversicherung“ und „Transitversicherung“ in Übereinstimmung mit den Institute Cargo Clauses (A)■“■.

In dem Beispiel hat V bei Abschluss der Transportversicherung mit Kategorie C eine Unterdeckung vereinbart, obwohl er nach den „Gebräuchen“ zur Versicherung „aller Risiken“ (Kategorie A) verpflichtet gewesen wäre. V ist daher K gegenüber schadensersatzpflichtig.

Beispiel: Versicherungspflicht nicht vereinbart

Ein spanisches Industrieunternehmen (K) bestellte bei einem deutschen Produzenten (V) mehrfach eine speziell gefertigte und wertvolle Hardware für den Aufbau und die Erweiterung eines Rechenzentrums des K. Bei allen Lieferungen wurde zwischen V und K stets vereinbart: „cif all risks Hafen Hamburg, Incoterms®2010“.

Bei der bisher letzten Lieferung, die V ausnahmsweise durch eigene Fahrer mit firmeneigenen LKW auf dem Landweg durchführte, wurde keine konkrete Incoterms – Klausel vereinbart.

Bei dieser LKW-Lieferung kommt es witterungsbedingt zu einer schweren Beschädigung der Ware, so dass K sich weigert, die Lieferung zu bezahlen – zu Recht?

Versicherungspflicht

K kann die Bezahlung der schadhafte Lieferung verweigern, wenn die Beschädigung der Ware in der Risikosphäre des V stattfand und V daran gehindert ist, seine Kaufpreisforderung zu Recht zu erheben.

Zudem könnte erschwerend hinzukommen dass V es versäumt hat, eine sachgerechte (all risks-) Transportversicherung der Warenlieferung vorzunehmen.

Cif

Bei allen bisherigen Warenlieferungen oblag es dem V, entsprechend der vereinbarten Lieferbedingung „cif all risks“ eine umfassende Versicherung der Lieferungen vorzunehmen. Im konkreten Streitfall dagegen war es versäumt worden, eine entsprechende Lieferbedingung zu vereinbaren.

Versicherungspflicht auch ohne Lieferbedingung?

Fraglich ist, ob V auch *ohne vereinbarte Lieferbedingung* mit ausdrücklicher Weisung zum Abschluss eines Versicherungsvertrages, wie es bei „cif all risks“ der Fall ist, eine entsprechende Versicherungspflicht hatte. Dann müsste es für ihn auch außerhalb einer ausdrücklichen Verabredung eine Verpflichtung dafür geben, den ausnahmsweise erfolgten LKW-Transport zu versichern.

Hierzu ist, wie im vorangehenden Beispielfall bereits erläutert, auf der Grundlage des Art. 32 Abs.2 CISG zu entscheiden.

- Bindend für Geschäftspartner können nach Art. 9 Abs.1, 2. Halbsatz CISG auch „Gepflogenheiten ... [sein], die zwischen ihnen entstanden sind“. Bei den Gepflogenheiten kommt es nur auf die geschäftlichen Handlungen unter den beiden Vertragspartnern an, die eine gewisse Häufigkeit und Dauer, also mehr als eine einmalige Wiederholung, haben. Im vorliegenden Fall haben V und K alle bisherigen Lieferungen unter „cif all risks“ abgeschlossen, so dass eine Gepflogenheit zwischen ihnen entstanden ist.
- Allerdings ist eine Beendigung oder Änderung der Gepflogenheit möglich, indem Verfahren und Abläufe geändert werden. Im Streitfall hat

Verstärkt im Straßentransport ausgeliefert, ohne dass für diesen Einzelfall eine Lieferbedingung vereinbart worden war. Dies könnte darauf hindeuten, dass damit die „Gepflogenheit“ beendet wurde.

- Andererseits zeigt die Verstärkung der bisher geltenden Lieferbedingung „cif“ um die Worte „all risks“, dass es den Vertragsparteien stets bewusst war, dass die wertvolle Fracht (egal ob auf dem Schiffsweg oder auf andere Weise) nur mit umfassender Versicherung transportiert werden sollte.

Es ist daher darauf zu schließen, dass im konkreten Streitfall die Parteien tatsächlich nur vergessen hatten, eine Lieferbedingung mit Versicherungspflicht des V zu vereinbaren. K hätte daher von V zu Recht erwarten können, dass V wie immer die Warenlieferung umfangreich versichert.

Schadensersatzpflicht

Zur Hauptleistungspflicht des Verkäufers gehört es, dem Käufer eine mangelfreie Ware zu liefern. Fraglich ist, ob in diesem Fall der „Gefahrübergang“ dazu führt, dass K das Risiko der nicht erfolgten Versicherung der Lieferung tragen muss.

Nach Art. 67 Abs.1 CISG geht beim Versandungskauf, um den es im vorliegenden Fall geht, die Gefahr auf den Käufer über, sobald die Ware gemäß dem Kaufvertrag dem ersten Beförderer übergeben wird.

Im Streitfall hat eine solche Übergabe nicht stattgefunden. V hat die LKW-Lieferung mit eigenem Fahrzeug und eigenen Leuten durchgeführt, so dass kein Gefahrübergang von V auf K stattfand. Damit trug V die Sachgefahr des gesamten Transports: für Schäden hat er selber aufzukommen.

Ergebnis

V hätte daher aufgrund der Gepflogenheiten der Geschäfte mit K nicht nur eine Versicherungspflicht für den LKW-Transport gehabt. Er trug zusätzlich auch noch die Gefahr des Transports, da noch kein Gefahrübergang auf K stattgefunden hatte. Er kann daher von K keinen Kaufpreis für die beschädigte Warenlieferung fordern.

Versicherung	Die Incoterms – Regeln enthalten jeweils in A 3 / B 3 eine Bestimmung zum Versicherungsvertrag. Entweder hat der „Verkäufer gegenüber dem Käufer keine Verpflichtung, einen Versicherungsvertrag abzuschließen (EXW, FCA, CPT, DAT, DAP, DDP, FAS, FOB, CFR), oder aber der Verkäufer hat auf eigene Kosten eine Transportversicherung abzuschließen, die zumindest der Mindestdeckung gemäß den Klauseln C der Institute Cargo Clauses ... entspricht“ (CIP, CIF). Unterdeckung vermeiden!
Übliche Versicherung	Nach Art. 32 Abs.2 CISG entscheidet der Maßstab, ob <i>eine Versicherung</i> „üblich“ ist: Bei <i>Handelsbrauch oder Gepflogenheiten</i> der Parteien im Sinne von Art. 9 Abs.1 CISG.
CISG	Normen des CISG, die ergänzend heranzuziehen sein können: Art. 32 und 9 CISG.

Begriff „Ware“

Bewegliche Sache

Die Incoterms gehen durchweg vom Begriff der „Ware“ aus, die Gegenstand eines Kaufvertrages zwischen Verkäufer und Käufer sind. Sei es in der „Einführung“ zu den Incoterms, seien es die „Anwendungshinweise“ oder aber die Incoterms – Regeln selber, die die Rechte und Pflichten des Verkäufers (in A 1–10) oder des Käufers (in B 1–10) festlegen: Stets ist die Rede von *Ware*, die Gegenstand des Kaufgeschäfts, der Incoterms – Klauseln und der Incoterms – Regeln ist.

Eine Definition des Begriffs „Ware“ fehlt. Er fehlt auch im CISG und wird daher in der internationalen Rechtspraxis autonom bestimmt. Sprachlich angelehnt an das englische Wort „goods“ oder das französische „marchandises“ kann auch das ältere Haager Kaufrecht mit dem Begriff „objets mobiliers corporels“ Hilfestellung bieten: Unter Waren sind daher grundsätzlich nur

- zur Zeit der *Lieferung*
- bestehende
- körperliche Sachen

zu verstehen. Auf die Form der Ware kommt es nicht an, auch nicht darauf, ob sie im Moment des Vertragsschlusses schon existiert oder erst noch hergestellt werden muss.

Da Waren beweglich sein müssen, können unbewegliche Vertragsgegenstände (also beispielsweise Immobilien, Grundstücke), aber auch Rechte (zum Beispiel Forderungen, Patente, Lizenzen, Know How) keine „Ware“ sein.

Beispiel: Verlust einer Marktstudie während des Transports

Ein Marktforschungsinstitut (M) erstellte im Auftrag eines ausländischen Unternehmens (A) eine umfangreiche Marktstudie, deren gesamtes Material im Original – und ohne vorherige Erstellung von Ablichtungen – in einem Kurierpaket an den Abnehmer A verschickt wurde.

Der von M eingesetzte Kurier verunglückte während des Transports schwer und sämtliche Unterlagen gingen verloren. Infolge der Nichtlieferung weigerte sich A, die Studie zu bezahlen. Kann M Bezahlung fordern?

M kann Bezahlung fordern, wenn der Gefahrübergang auf A erfolgt war. Vom Grundsatz her trägt der Verkäufer die Sachgefahr bis zur Übergabe der Sache an den Käufer, § 446 BGB. Erfolgt ein Versand der Sache auf Wunsch des Käufers, geht die Gefahr bereits früher, nämlich mit Übergabe an die Transportperson, auf den Käufer über, § 447 BGB. Da zwischen M und A kein Versand vereinbart worden war, würde es nach § 446 BGB noch am Gefahrübergang von M auf A fehlen, so dass die Rechnungsforderung zu Unrecht gestellt würde.

Die Rechtsprechung des OLG Köln hat es im Streitfall abgelehnt, dass es sich bei der Studie um eine „Ware“ im Sinne des CISG handelt. Dies würde dann in gleicher Weise auch auf die Auslegung der Incoterms anwendbar sein, die auf dem Begriff „Ware“ aufbauen.

Die Argumentation der Rechtsprechung ist wie folgt: Nach Art. 3 Abs.1 CISG findet das Vertragswerk des CISG zwar auch auf Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Waren Anwendung und umfasst damit auch den Werklieferungsvertrag. Die von M eingegangene Verpflichtung zur Durchführung der in Rede stehenden Marktstudie ist jedoch kein Werklieferungsvertrag im Sinne von Art. 3 Abs. 1 CISG, da M keine *Ware* zu liefern hatte. Als „Waren“ sind nur bewegliche körperliche Sache anzusehen, die typischerweise den Gegenstand eines Handelskaufes bilden. Diese Begriffsauslegung findet in der englischen Fassung des UN-Vertragswerkes – dort lautet die Formulierung „supply of goods“ – und in der französischen Fassung benutzten Wortwahl „fourniture de marchandises“ ihre Entsprechung und Bestätigung. Eine Marktstudie ist nach dem hier entscheidenden Maßstab der Verkehrsanschauung kein typischer Gegenstand eines Handelskaufes. Denn ist der Zweck des letzteren in erster Linie auf die entgeltliche Übertragung von Eigentum und Besitz an der verkauften Sache gerichtet, so steht im vorliegenden Fall das Nutzungsrecht an einem geistigen Arbeitsprodukt im Vordergrund, das lediglich zum Zweck intellektueller Erfassbarkeit in schriftlicher Form verkörpert wird, wobei die Form der Verkörperung für den Auftraggeber der Untersuchung von nachrangiger Bedeutung ist.

Ein vorzeitiger Gefahrübergang von M auf A, etwa schon bei Übergabe der Studie an den Kurierdienst, ist daher auch nicht aus dem CISG zu folgern.

Da damit noch kein Gefahrübergang von M auf A vorlag, erfolgten der Einsatz des Kurierdienstes sowie der Verlust der Marktstudie auf Risiko des M. M kann daher von A keine Bezahlung fordern.

Software

Der Warenbegriff bereitet oft auch Schwierigkeiten, wenn es um Software geht. „Ware“ setzt Körperlichkeit voraus, so dass Know How oder Computerprogramme im Regelfall nicht „Ware“ sein können. Software wird daher im Regelfall nicht als Ware angesehen, während diese Schwierigkeit bei Hardware (also beispielsweise dem Rechner, PC) nicht besteht.

Bei Software ist zwischen *Individualsoftware* und *Standardsoftware* zu unterscheiden. Schließen Vertragsparteien einen Vertrag über die Erstellung eines individuellen Computerprogramms ab, überwiegen die arbeits- oder dienstvertraglichen Pflichten, was wegen Art. 3 Abs.2 CISG zum Ausschluss des CISG führt.

Handelt es sich dagegen um einen Vertrag über Standardsoftware, scheidet das Ausschlusskriterium des Art. 3 Abs.2 CISG aus. Das CISG ist dann anwendbar. Dies allerdings nur, wenn die Standardsoftware *dauerhaft überlassen* wird. Eine nur zeitweilige Überlassung von Software, bei der die Nutzungsberechtigung nach vereinbartem Zeitablauf zurückgegeben werden muss, schließt die Anwendbarkeit des CISG aus.