

Handelsrecht

Bitter / Linardatos

5. Auflage 2026
ISBN 978-3-8006-7913-3
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Vertragspartner des Ausführungsgeschäfts die Frage, ob der Kommissionär im Rahmen seiner nur ihm zustehenden vertraglichen Ansprüche auch einen Schaden geltend machen kann, der seinem Hintermann, dem Kommittenten, durch die unterbliebene, verspätete oder mangelhafte Lieferung entstanden ist. Diese im allgemeinen Schuldrecht unter dem Stichwort der sog. **Drittschadensliquidation** erörterten Probleme werden ebenfalls näher diskutiert in unserem

⇒ Fall Nr. 44 – Bild in Flammen

k) Bereicherungsrechtliche Besonderheiten bei Verfügungen über fremdes Gut

Schwierigkeiten macht das Handeln des Kommissionärs im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung auch im Bereicherungsrecht, wenn ein Verkaufskommissionär über fremdes, nicht dem Kommittenten gehörendes Gut verfügt. Erwirbt in diesem Fall der Partner des Ausführungsgeschäfts die Sache gutgläubig vom Kommissionär gemäß §§ 932 ff. BGB oder wegen seines guten Glaubens (nur) an die Verfügungsmacht gemäß § 366 HGB (→ § 7 Rn. 39 ff.), stellt sich die schwierige Folgefrage, von wem der Berechtigte gemäß § 816 I 1 BGB Herausgabe des Erlangten verlangen kann und ob insoweit zwischen der Provision, welche üblicherweise vom Verkäuferlös einbehalten wird, und dem Restkaufpreis zu unterscheiden ist.⁷⁷²

Bei juristischer Betrachtung ist **Verfügender iSv § 816 I 1 BGB** der Kommissionär, weil dieser beim Ausführungsgeschäft im eigenen Namen handelt und folglich Vertragspartner nicht nur des schuldrechtlichen Verpflichtungs-, sondern auch des sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfts ist (→ Rn. 104). Die mittelbare Stellvertretung unterscheidet sich insoweit von der unmittelbaren, bei welcher die Willenserklärung des Vertreters dem Vertretenen zugerechnet wird und folglich auch (nur) der Vertretene iSd § 816 I 1 BGB verfügt. Da der Kommissionär als mittelbarer Stellvertreter selbst verfügt, wird er von einem Teil des Schrifttums iRd Bereicherungsausgleichs gegenüber dem Berechtigten als der Verpflichtete angesehen,⁷⁷³ zumal das „Erlangte“ iSd § 816 I 1 BGB in der Befreiung von der Verbindlichkeit liege, die der Kommissionär selbst im eigenen Namen eingegangen sei. Werde der Kommissionär vom Berechtigten in Anspruch genommen, könne er aufgrund des zum Kommittenten bestehenden Geschäftsbesorgungsverhältnisses bei jenem Regress nehmen.⁷⁷⁴

Anderer wollen die insbesondere in **§ 392 II HGB** zum Ausdruck kommende **wirtschaftliche Zuordnung** des Ausführungsgeschäfts zum Hintermann, dem Kommittenten, auch iRd § 816 I 1 BGB berücksichtigen.⁷⁷⁵ Das „Erlangte“ iSv § 816 I 1 BGB sei die Forderung aus dem Ausführungsgeschäft und diese werde gemäß § 392 II HGB dem Kommittenten zugeordnet; eine Abtretung an den Berechtigten sei als treuwidrige Verfügung (→ Rn. 123 ff.) nicht einmal möglich. Deshalb richte sich der Anspruch aus § 816 I 1 BGB gegen den Kommittenten und nur gegen diesen; im Umfang erfasse er den vollen Erlös einschließlich der vom Kommissionär einbehaltenen Provision.⁷⁷⁶

Eine dritte Ansicht geht davon aus, dass der Kommissionär zwar grundsätzlich als Verfügender zur Herausgabe gemäß § 816 I 1 BGB verpflichtet, er aber nach der Weiterleitung des – nach Abzug seiner Provision verbleibenden – Restkaufpreises an den Kommittenten insoweit gemäß § 818 III BGB entreichert ist.⁷⁷⁷ Der Berechtigte könne dann

⁷⁷² Dazu eingehend K. Schmidt HandelsR. § 31 Rn. 106 ff. (S. 1036 ff.); Canaris HandelsR. § 30 Rn. 89 ff. (S. 479 f.).

⁷⁷³ Dazu Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 294 f.; M. Wolf JZ 1968, 414.

⁷⁷⁴ In diesem Sinne MüKoBGB/Schwab § 816 Rn. 11.

⁷⁷⁵ Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 69 II 1e (S. 183 f.); zust. Staudinger/Linardatos BGB § 816 Rn. 0.19 (online-first 2024).

⁷⁷⁶ So Canaris HandelsR. § 30 Rn. 89 ff. (S. 90 f.).

⁷⁷⁷ OLG Hamburg MDR 1954, 356, 357; K. Schmidt HandelsR. § 31 Rn. 111 (S. 1038); für Entreichung auch BGHZ 47, 128 = WM 1967, 394, weshalb die Frage nach dem „Verfügenden“ offengelassen werden konnte.

aber auf den Kommittenten zugreifen, was entweder als „Durchgriff auf den hinter dem verfügenden Treuhänder stehenden Treugeber“⁷⁷⁸ oder in (entsprechender) Anwendung des § 822 BGB begründet wird.⁷⁷⁹ Die einbehaltene Provision soll der Kommissionär behalten dürfen, weil er insoweit gemäß §§ 397, 399 iVm § 366 III HGB durch ein Pfand- und Befriedigungsrecht gesichert gewesen sei.⁷⁸⁰

3. Kommissionsagent

- 139** Der Kommissionsagentenvertrag ist gesetzlich nicht geregelt. Er verbindet Elemente des Kommissionsvertrages und des Handelsvertretervertrages. Wie der Verkaufskommissionär übernimmt es der Kommissionsagent, Produkte des Hauptunternehmers im eigenen Namen und für Rechnung des Hauptunternehmers zu verkaufen. Im Unterschied zum Kommissionär und entsprechend einem Handelsvertreter ist der Kommissionsagent mit dieser Aufgabe aber *ständig* betraut.
- 140** Im Außenverhältnis (Kommissionsagent – Dritter) findet § 392 HGB Anwendung; das Innenverhältnis (Kommittent – Kommissionsagent) unterliegt in erster Linie den kommissionsrechtlichen Vorschriften der §§ 383 ff. HGB.⁷⁸¹ Wegen der ständigen Betrauung werden außerdem die Vorschriften über den Handelsvertretervertrag (§§ 84 ff. HGB) zum Teil analog angewendet. Die Anwendung oder Nichtanwendung richtet sich danach, ob die Norm gerade im Zusammenhang steht mit der Ständigkeit der Betrauung.⁷⁸²
- 140a** Für den Kommissionsagenten ist vor allem die von der hM⁷⁸³ befürwortete **analoge Anwendung von § 89b HGB** von Bedeutung. Diese hat der I. Zivilsenat des BGH in einem Urteil aus dem Jahr 2016 mit dem Hinweis darauf bejaht, dass sich die erforderliche **Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms** (→ Rn. 95) beim Kommissionsagenten angesichts des geschäftsbesorgungswirtschaftlichen Charakters **bereits aus dem Gesetz** ergebe (§ 384 II HGB)⁷⁸⁴ und damit jenes Argument bemüht, das *Canaris* beim Vertragshändler *gegen* die Rspr. anführt (→ Rn. 97). Den Umstand, dass es sich um ein anonymes Massengeschäft handelt (Sonderpostenhandel), hat der I. Zivilsenat zudem – exakt gegenteilig zum VIII. Zivilsenat des BGH im Franchiserecht (→ Rn. 102b) – als Argument *für* und nicht gegen die analoge Anwendung des § 89b HGB eingesetzt: Bei einem stationären Sonderpostenmarkt benötige der Hersteller oder Lieferant für eine Übernahme des Kundenstamms nicht in gleicher Weise wie beim Verkauf hochwertiger Wirtschaftsgüter den Zugang zu vollständigen Kundendaten.⁷⁸⁵ Dabei stellt der I. Zivilsenat ausdrücklich auf die *faktische Kontinuität des Kundenstamms* ab,⁷⁸⁶ obwohl er zugleich betont, dass diese *im Vertragshändlerverhältnis* nach der BGH-Rechtsprechung keine Analogie zu § 89b HGB rechtfertigt.⁷⁸⁷ In der Sache wird damit jene Rechtsprechungslinie in Zweifel gezogen.
- 141** Die Provision für den Kommissionsagenten bestimmt sich analog §§ 87 ff. HGB, wobei insbesondere § 87 II, III HGB hervorzuheben ist. Die dort geregelten Provisionen sind Ausdruck der ständigen Betrauung des Handelsvertreters, weshalb sie sinngemäß auch auf den Kommissionsagenten anzuwenden sind. Im Gegenzug muss der Kommissionsagent sich aber bei Nichtausführung des Geschäfts auf § 87a III 2 HGB verweisen lassen und kann die Provision nicht nach der insoweit günstigeren Vorschrift des § 396 I 2 Hs. 2 HGB

⁷⁷⁸ So K. Schmidt HandelsR § 31 Rn. 115 (S. 1040).

⁷⁷⁹ So Hopt/Kumpan HGB § 383 Rn. 23; s. auch Oetker HandelsR § 9 Rn. 34.

⁷⁸⁰ OLG Hamburg MDR 1954, 356, 357 f.; im Ergebnis zustimmend K. Schmidt HandelsR § 31 Rn. 112 (S. 1039) mwN.

⁷⁸¹ Canaris HandelsR § 16 Rn. 4 (S. 279).

⁷⁸² MüKoHGB/Häuser § 406 Rn. 26; Canaris HandelsR § 16 Rn. 6 (S. 280).

⁷⁸³ BGH ZIP 2017, 822, 825 ff. (Rn. 26 ff., insbes. Rn. 32 ff.); K. Schmidt HandelsR § 28 Rn. 45 ff. (S. 913 ff.); Hopt/Hopt HGB § 84 Rn. 19.

⁷⁸⁴ BGH ZIP 2017, 822, 825 f. (Rn. 37 f.).

⁷⁸⁵ BGH ZIP 2017, 822, 826 (Rn. 44).

⁷⁸⁶ BGH ZIP 2017, 822, 826 (Rn. 43 aE).

⁷⁸⁷ BGH ZIP 2017, 822, 826 (Rn. 43 aE).

fordern.⁷⁸⁸ Die Ständigkeit der Betrauung rechtfertigt diesen Gedanken, da provisions-trächtige Geschäfte für die Zukunft zu erwarten sind und der Kommissionsagent Ausfälle darüber kompensieren kann. Ähnlich ist der Gedankengang beim Aufwendungsersatzanspruch, der sich nach § 87d HGB und nicht nach § 396 II HGB, §§ 675 I, 670 BGB richtet. Der Kommissionsagent kann seine Lagerkosten besser kalkulieren und soll diese in seine Provisionsberechnung einfließen lassen.⁷⁸⁹

§ 10. Recht des grenzüberschreitenden Handelskaufs

Bei einem grenzüberschreitenden Handelskauf, also bei einem Handelskauf, bei dem 1
Verkäufer und Käufer ihren Sitz nicht in demselben Staat haben, stellt sich die Frage, welches
Recht auf den Kaufvertrag zur Anwendung kommt.*

I. Grundlagen

In der Regel wollen die Parteien nicht, dass im Streitfall das Recht des Staats der jeweils 2
anderen Partei Anwendung findet. Viel leichter fällt es, sich auf einheitliche Regeln zu
einigen, die sich aus internationalen Gepflogenheiten oder einer internationalen Rechts-
ordnung ergeben. Dem tragen die International Commercial Terms (Incoterms) der
International Chamber of Commerce (ICC) und die United Nations Convention on
Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Rechnung.

1. International Commercial Terms (Incoterms)

Die Parteien eines grenzüberschreitenden Handelskaufs können die Anwendung fremden 3
Rechts weitgehend ausschließen, indem sie eine Vielzahl von Rechtsfragen in dem Kauf-
vertrag individuell regeln, sodass der Rückgriff auf (irgendein) nationales Kaufrecht nur bei
den wenigen nicht geregelten Rechtsfragen erforderlich und möglich ist. In der Praxis
erfolgt die individuelle Regelung einzelner Rechtsfragen häufig durch Bezugnahme auf die
International Commercial Terms (Incoterms) der International Chamber of Commerce
(ICC). Dabei handelt es sich um einen **Katalog von Vertragsklauseln**, die aufgrund ihrer
häufigen Verwendung in der Praxis von der International Chamber of Commerce (ICC) mit
Auslegungserläuterungen versehen wurden. Dieser Klauselkatalog wurde von der Interna-
tional Chamber of Commerce (ICC) erstmals 1936 aufgestellt. Nach mehrmaliger Über-
arbeitung stammt die aktuelle Fassung aus dem Jahr 2020 (Incoterms 2020).⁷⁹⁰

Zu den Incoterms 2020 gehören die folgenden Vertragsklauseln: 4

- CFR cost and freight (= Kosten und Fracht)
- CIF cost, insurance, freight (= Kosten, Versicherung, Fracht)
- CIP carriage and insurance paid to (= frachtfrei versichert)

⁷⁸⁸ Canaris HandelsR § 16 Rn. 8 (S. 280).

⁷⁸⁹ Canaris HandelsR § 16 Rn. 8 (S. 280).

* Vom Recht des grenzüberschreitenden Handelskaufs werden in diesem Buch die International Commercial Terms (Incoterms) der International Chamber of Commerce (ICC) und die United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) behandelt. Vgl. zu den International Commercial Terms (Incoterms) etwa Hopt/Hopt, 2. Teil, Handelsrechtliche Nebengesetze, (6) Incoterms 2020; vgl. zur United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) insbesondere die Online-Datenbank www.cisg-online.ch, die sich vor allem bei der Rechtsprechungsrecherche als sehr hilfreich erweist. Soweit nachfolgend für zitierte Entscheidungen CISG-online Nummern angegeben werden, sind die Entscheidungen unter diesen Nummern in der Datenbank leicht zu finden.

⁷⁹⁰ Soll für einen Vertrag die Geltung eines der Incoterms vereinbart werden, so sollte dies stets unter Angabe der gemeinten Fassung geschehen, zB: „Der Kaufpreis versteht sich FOB Bremen gemäß Incoterms 2020.“

- CPT carriage paid to (= frachtfrei)
- DAP delivered at place (= geliefert Ort)
- DAT delivered at terminal (= geliefert Terminal)
- DDP delivered duty paid (= geliefert verzollt)
- EXW ex works (= ab Werk)
- FAS free alongside ship (= frei Längsseite Schiff)
- FCA free carrier (= frei Frachtführer)
- FOB free on board (= frei an Bord)

- 5 Wird eine dieser Vertragsklauseln in einen Handelskaufvertrag aufgenommen, so gilt sie zwischen den Parteien mit dem Inhalt, der ihr durch die Auslegungserläuterungen der International Chamber of Commerce (ICC) verliehen wird, es sei denn, aus den Umständen des Einzelfalles ergibt sich im Wege der Vertragsauslegung, dass die Parteien der Klausel eine abweichende Bedeutung beimaßen.⁷⁹¹

2. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – UN-Kaufrecht

- 6 Schon in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts wurden vom Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT) Bemühungen zur internationalen Vereinheitlichung des Rechts für den grenzüberschreitenden Warenverkehr aufgenommen. Diese Bemühungen mündeten im Jahre 1964 in die sog. Haager Kaufgesetze, namentlich das Einheitliche Gesetz über den Abschluss von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen (EAG) und das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG). Als völkerrechtliche Verträge galten die Haager Kaufgesetze nur in denjenigen Staaten, die sie in Geltung setzten. Dazu entschlossen sich weltweit aber nur neun Staaten, sodass die Haager Kaufgesetze nicht die erhoffte internationale Rechtsvereinheitlichung bringen konnten. Deshalb nahm sich ab 1968 die zwei Jahre zuvor ins Leben gerufene United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) der Aufgabe der Kaufrechtsvereinheitlichung an, und auf Grundlage ihrer Arbeit wurde im April 1980 die United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) fertig gestellt, für die im deutschen Sprachraum zumeist der Begriff UN-Kaufrecht verwendet wird.
- 7 Das UN-Kaufrecht (CISG) ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der **kaufrechtliche Sonderregelung für den grenzüberschreitenden Handelskauf von Waren** enthält. Es ist inzwischen von über 90 Staaten in Geltung gesetzt worden, darunter sind die Bundesrepublik Deutschland und die meisten ihrer wichtigen Handelspartner.
- 8 Die **Bedeutung des UN-Kaufrechts (CISG) für den deutschen Juristen** darf nicht unterschätzt werden.⁷⁹² Falls die Anwendungsvoraussetzungen des UN-Kaufrechts (CISG) erfüllt sind und soweit der Regelungsbereich des UN-Kaufrechts (CISG) betroffen ist, geht das UN-Kaufrecht (CISG) – sofern es eine Regelung für die Sachfrage enthält⁷⁹³ – den innerstaatlichen Vorschriften des BGB und des HGB vor (vgl. Art. 3 Nr. 2 EGBGB, Art. 4 S. 1 CISG).⁷⁹⁴ Diesem Vorrang kommt vor allem hinsichtlich derjenigen Regelungskomplexe Relevanz zu, bei denen die Regelung des internen deutschen Rechts und die des UN-Kaufrechts (CISG) divergieren, zB:
- 9 Nach dem internen deutschen Recht setzt der Rücktritt vom Kaufvertrag wegen eines Sachmangels (§§ 437 Nr. 2, 434 BGB) grundsätzlich eine Nachfristsetzung voraus (§ 323 I

⁷⁹¹ BGH ZIP 2013, 44, 46 ff.

⁷⁹² Zu zahlreichen Praxisstudien vgl. J. Meyer RabelsZ 85 (2021), 357 ff.

⁷⁹³ Siehe etwa OLG München IWRZ 2024, 294 = CISG-online Nr. 6389 (Rn. 34), wo auf § 449 BGB zurückgegriffen wurde, weil es im CISG an einer Regelung zum Eigentumsvorbehalt fehlt.

⁷⁹⁴ BeckOK BGB/Saenger, 76. Ed. 1.8.2025, CISG Art. 4 Rn. 1.

BGB). Andererseits ist der Rücktritt bei Beachtung dieses Erfordernisses nur ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist (§ 323 V 2 BGB). Das UN-Kaufrecht (CISG) gestattet die Vertragsaufhebung aufgrund eines Sachmangels hingegen nur dann, wenn der Sachmangel eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt, wobei gegebenenfalls eine Nachfristsetzung nicht erforderlich ist (Art. 45 I lit. a, 49 I lit. a, 25 CISG).⁷⁹⁵

Nach dem internen deutschen Recht kann sich eine Vertragspartei von der Schadensersatzhaftung aufgrund einer Pflichtverletzung (§ 280 I 1 BGB) durch den Nachweis fehlenden Vertretenmüssens entlasten (§ 280 I 2 BGB). Gelingt dieser Nachweis nicht, so haftet sie grundsätzlich für den gesamten kausal verursachten Schaden (§§ 249 ff. BGB). Im Gegensatz dazu normiert das UN-Kaufrecht (CISG) eine verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Pflichtverletzungen (Art. 45 I lit. b CISG bzw. Art. 61 I lit. b CISG), die nur bei einem unvorhersehbaren, unvermeidbaren und unüberwindbaren Hinderungsgrund außerhalb des Einflussbereichs entfällt (Art. 79 I, II CISG). Diese Haftung ist jedoch auf voraussehbare Schäden beschränkt (Art. 74 CISG).

Das UN-Kaufrecht (CISG) ist in **vier Teile** untergliedert: Teil I (Art. 1–13 CISG) normiert die Anwendungsvoraussetzungen, den Regelungsbereich und einige allgemeine Bestimmungen. In Teil II (Art. 14–24 CISG) ist der Vertragsschluss geregelt. Teil III (Art. 25–88 CISG), das Kernstück des UN-Kaufrechts (CISG), bestimmt die Rechte und Pflichten der Parteien sowie die mit einer Pflichtverletzung verbundenen Rechtsbehelfe. Teil IV (Art. 89–101 CISG) schließlich enthält die völkerrechtlichen Schlussklauseln. An dieser Untergliederung orientiert sich der weitere Gang der Darstellung.⁷⁹⁶

II. Anwendungsvoraussetzungen des UN-Kaufrechts

Die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts (CISG) hängt von **fünf Anwendungsvoraussetzungen** ab, die kumulativ erfüllt sein müssen:

- Kaufvertrag über Ware (Art. 1 I CISG; → Rn. 13 ff.)
- Parteiniederlassungen in verschiedenen Staaten (Art. 1 I, II CISG; → Rn. 21)
- Hinreichende Beziehung zu Vertragsstaat(en) (Art. 1 I lit. a, b CISG; → Rn. 22)
- kein Anwendungsausschluss (Art. 2, 6 CISG; → Rn. 23 ff.)
- zeitlicher Anwendungsbereich eröffnet (Art. 100 CISG)

1. Kaufvertrag über Ware (Art. 1 I CISG)

Waren iSv Art. 1 I CISG sind grundsätzlich nur **bewegliche Sachen**. Damit sind insbesondere Immobilien und Rechte keine Waren, sodass entsprechende Kaufverträge nicht dem UN-Kaufrecht (CISG) unterliegen. Viel diskutiert sind die Fragen, ob Ware iSv Art. 1 I CISG betroffen ist, wenn Software online, also unverkörpert, geliefert wird oder wenn ein Unternehmenskauf als *asset deal*⁷⁹⁷ ausgestaltet ist: Gegen die Annahme, auch **unverkörperte Software** sei als Ware iSv Art. 1 I CISG anzusehen, kann vor allem vorgebracht

⁷⁹⁵ Vgl. hierzu BGHZ 201, 290, 308 f. = ZIP 2014, 1838, 1843 (Rn. 48 ff.); BGHZ 202, 258, 266 ff. = ZIP 2015, 176, 177 ff. (Rn. 21 ff.).

⁷⁹⁶ Betont sei aber, dass in Klausuren und sonstigen Prüfungssituationen, in denen das UN-Kaufrecht (CISG) anzuwenden ist, nur dann damit angefangen werden kann, die Anwendungsvoraussetzungen des UN-Kaufrechts (CISG) zu prüfen, wenn die Fallfrage darauf abzielt (vgl. Fälle 45 bis 48). Ist hingegen nach Ansprüchen der Parteien gefragt (vgl. Fälle 49 bis 61), dann ist – ebenso wie auch bei Maßgeblichkeit des internen deutschen Rechts – zunächst eine Anspruchsgrundlage zu nennen, aus der sich der zu prüfende Anspruch ergeben könnte. Sodann ist zu prüfen, ob die Anwendungsvoraussetzungen des UN-Kaufrechts (CISG) erfüllt sind und ob der Regelungsbereich des UN-Kaufrechts (CISG) betroffen ist. Anschließend sind die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage zu prüfen.

⁷⁹⁷ Vgl. zur Differenzierung zwischen *share deal* und *asset deal* → § 5 Rn. 3 f. Dass der *share deal* als Rechtskauf nicht auf die Übertragung von Ware iSv Art. 1 I CISG gerichtet ist und somit nicht in den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts (CISG) fällt, ist unstreitig (vgl. auch Art. 2 lit. d Fall 1 CISG).

werden, dass auf diesen Fall die Vorschriften des UN-Kaufrechts (CISG), vor allem die Art. 66 ff. CISG zum Gefahrübergang, nicht recht passen. Die hM nimmt gleichwohl und zu Recht an, dass online gelieferte Software Ware iSv Art. 1 I CISG ist.⁷⁹⁸ Auch die Anwendung des Übereinkommens auf sonstige **digitale Güter** (zB Musik- oder Videodateien, Standardsoftware) wird zunehmend befürwortet.⁷⁹⁹ Die Vorschriften des UN-Kaufrechts (CISG), die – wie insbesondere die Art. 66 ff. CISG – auf verkörperte Gegenstände zugeschnitten sind, können anpassend ausgelegt werden. Eine solche anpassende Auslegung ist gegenüber der Unanwendbarkeit des UN-Kaufrechts (CISG) vorzugswürdig, denn die Art und Weise, wie Software oder andere Güter übertragen werden (auf einem Datenträger verkörpert oder online), ist kein Aspekt, der für die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts (CISG) ausschlaggebend sein sollte.

- 14** Der Unternehmenskauf im Wege der Übertragung der jeweiligen Wirtschaftsgüter (**asset deal**)⁸⁰⁰ fällt nach wohl hM hingegen nicht in den Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts (CISG).⁸⁰¹ Für den Regelfall, in dem das zu übertragende Betriebsvermögen überwiegend nicht aus beweglichen Sachen, sondern aus Rechten (zB Forderungen, Markenrechte), sonstigen immateriellen Werten (zB Kundenstamm, good will) und Immobilien besteht, überzeugt dies. Denn übertragen wird dann eine zusammengesetzte Gesamtheit, bei der die einzelnen Warenanteile eine untergeordnete Rolle spielen. Setzt sich das Betriebsvermögen hingegen ganz überwiegend aus beweglichen Sachen zusammen, etwa weil große Lagerbestände vorhanden sind und immaterielle Güter (zB Patente usw.) keine Rolle spielen, so ist ein Vertrag über Ware iSv Art. 1 I CISG gegeben, der dem UN-Kaufrecht (CISG) unterfällt.⁸⁰²
- 15** Verträge über Ware unterliegen nur dann dem UN-Kaufrecht (CISG), wenn sie **Kaufverträge** iSv Art. 1 I CISG sind. Der Kaufvertragsbegriff wird vom UN-Kaufrecht (CISG) nicht näher definiert. Den Art. 30, 53 CISG kann jedoch eine (grobe) Begriffsbestimmung entnommen werden: Kaufverträge iSv Art. 1 I CISG sind Verträge, die den **Austausch „Ware gegen Geld“** zum Gegenstand haben.⁸⁰³ Praktisch bedeutsam und im Einzelnen umstritten ist insbesondere, ob die folgenden Verträge als Kaufverträge zu qualifizieren sind (für die folgenden Klammereinschübe gilt: „ja“ bedeutet, dass ein Kaufvertrag gegeben ist, „nein“ weist auf das Gegenteil hin): Vorvertrag, der zum Abschluss eines Kaufvertrags verpflichtet (ja⁸⁰⁴); Kausoptionsvertrag, der ein einseitiges Recht zum Warenabruf gibt (ja⁸⁰⁵); Finanzierungsleasingvertrag (nein⁸⁰⁶); Vertrag über Softwareerwerb auf Zeit (nein⁸⁰⁷). Bei einer Vertragshändlerbeziehung unterfällt der Vertragshändlervertrag (Rahmenvertrag) nicht dem UN-Kaufrecht (CISG); die zur Durchführung dieses Vertrags abgeschlossenen einzelnen Lieferverträge werden aber regelmäßig vom UN-Kaufrecht (CISG) erfasst.⁸⁰⁸
- 16** In Art. 3 CISG erfahren **Werklieferungsverträge**, also Verträge über die Lieferung herzustellender Ware, und gemischte Verträge, die sowohl auf die Lieferung von Waren als auch auf die Erbringung von Dienstleistungen gerichtet sind, spezielle Regelungen:

⁷⁹⁸ Vgl. etwa Schroeter UN-Kaufrecht Rn. 120; MüKoHGB/Köhler CISG Art. 1 Rn. 29 mwN; aA wohl Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari CISG Art. 1 Rn. 38.

⁷⁹⁹ Näher dazu Staudinger/Magnus, 2025, CISG Art. 1 Rn. 44; Eggen IHR 2017, 229 ff.

⁸⁰⁰ Zur Abgrenzung zwischen *asset deal* und *share deal* allgemein → § 5 Rn. 3 f.

⁸⁰¹ Vgl. etwa Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari CISG Art. 1 Rn. 36 mwN.

⁸⁰² Schroeter UN-Kaufrecht Rn. 111.

⁸⁰³ Vgl. BGH ZIP 2014, 2036, 2037 f. (Rn. 13) zu einer Rückkaufverpflichtung mit leasingspezifischem Hintergrund.

⁸⁰⁴ Vgl. Schroeter UN-Kaufrecht Rn. 90.

⁸⁰⁵ Vgl. Schroeter UN-Kaufrecht Rn. 90; näher Schumacher IHR 2005, 147 ff.

⁸⁰⁶ Vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari CISG Art. 1 Rn. 28; vgl. allgemein zum Finanzierungsleasingvertrag → § 7 Rn. 62 f.

⁸⁰⁷ Vgl. Schroeter UN-Kaufrecht Rn. 121.

⁸⁰⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari CISG Art. 1 Rn. 31; vgl. zu Rahmenabsprachen auch High Court (Singapur) CISG-online Nr. 2939; differenzierend Piltz NJW 2019, 2516, 2517 mwN.

Nach Art. 3 I CISG stehen Werklieferungsverträge Kaufverträgen gleich, es sei denn, dass 17
der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung notwendigen Stoffe selbst zur
Verfügung stellt. Dahinter steht der Gedanke, dass Verträge über die Herstellung von Waren
aus Stoffen des Bestellers nicht Kauf-, sondern Werkverträge sind. **Stoffe** iSv Art. 3 I CISG
sind Materialien; Baupläne und Know-how werden nicht erfasst.⁸⁰⁹ Lässt sich also ein
Besteller nach seinen eigenen technischen Spezifikationen Waren herstellen, ohne das zur
Herstellung notwendige Material zu stellen, so handelt es sich um einen Kaufvertrag iSd
UN-Kaufrechts (CISG).

Größtes praktisches Problem des Art. 3 I CISG ist es, zu bestimmen, ob die vom Besteller 18
gestellten Materialien einen **wesentlichen Teil** der zur Herstellung notwendigen Stoffe
verkörpern.⁸¹⁰ Wichtigstes Kriterium zur Bestimmung der Wesentlichkeit ist das Wert-
verhältnis, in dem die vom Besteller gestellten Materialien einerseits und die von der anderen
Partei beigesteuerten Materialien andererseits zueinanderstehen. Dabei können die Stoffe des
Bestellers auch dann als wesentlich angesehen werden, wenn sie eine Wertquote von weniger
als 50 % erreichen (arg. Vergleich mit Art. 3 II CISG: „der überwiegende Teil“). Bei einer
Wertquote von lediglich 15 % wird man aber nicht mehr überzeugend vertreten können, die
Materialien würden aufgrund ihres Wertes einen wesentlichen Teil der für die Herstellung
notwendigen Stoffe ausmachen.⁸¹¹ Als weiteres Kriterium zur Bestimmung der Wesentlich-
keit der vom Besteller gestellten Stoffe ist deren Bedeutung für das Endprodukt heran-
zuziehen. So kann ein vom Besteller gestellter Computerchip, der die Herstellung eines
neuartigen Produkttyps überhaupt erst möglich macht, einen wesentlichen Teil der zur
Herstellung notwendigen Stoffe ausmachen, auch wenn der Wert des Chips im Vergleich
zum übrigen notwendigen Material eher gering ist.

Nach wohl hM richtet sich die Frage, ob Werklieferungsverträge dem UN-Kaufrecht 19
(CISG) unterliegen, ausschließlich nach Art. 3 I CISG, nicht auch nach Art. 3 II CISG.⁸¹²
Art. 3 I CISG sei als **abschließende Regelung** für Verträge über herzustellende Ware
anzusehen. Es gehe deshalb fehl, die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts (CISG) auf einen
Werklieferungsvertrag, der nach Art. 3 I CISG vom Anwendungsbereich des UN-Kauf-
rechts (CISG) erfasst wird, unter Berufung auf Art. 3 II CISG mit dem Argument ab-
zulehnen, der Herstellungsaufwand überwiege die Verpflichtung zur Warenlieferung. Bei
einem Werklieferungsvertrag liege vielmehr eine Lieferverpflichtung vor, in der eventuelle
Herstellungsarbeiten aufgehen. Nach der Gegenmeinung sind auch Herstellungsarbeiten
nach Art. 3 II CISG zu berücksichtigen.⁸¹³ Es komme für die Frage, ob ein Werklieferungs-
vertrag als Kaufvertrag iSv Art. 1 I CISG anzusehen sei, deshalb nicht nur auf Art. 3 I CISG,
sondern auch auf Art. 3 II CISG und somit auf das Verhältnis an, in dem die Material- zu den
sonstigen Herstellungskosten stehen (→ Fall Nr. 45).

Ein **gemischter Vertrag** aus Warenlieferung und Dienstleistung ist beispielsweise dann 20
gegeben, wenn sich eine Partei zur Lieferung einer industriellen Fertigungsanlage (Waren-
lieferung) und darüber hinaus dazu verpflichtet, die Mitarbeiter des Bestellers im Umgang
mit der Anlage zu schulen (Dienstleistung). Nach Art. 3 II CISG unterliegt ein solcher
Vertrag dann nicht dem UN-Kaufrecht (CISG), wenn die **Dienstleistungselemente die
Warenlieferungselemente überwiegen**. Problematisch ist wiederum, wie das Über-
wiegen bestimmt werden kann:⁸¹⁴ In erster Linie ist auf das Wertverhältnis abzustellen, in
dem die zu liefernden Waren einerseits und die zu erbringenden Dienste andererseits
zueinander stehen, wobei der Schwellenwert bei 50 % liegt (vgl. den Wortlaut von Art. 3 II
CISG: „der überwiegende Teil“). Ein wertmäßiger Vorrang der Dienstleistungsverpflich-

⁸⁰⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari CISG Art. 3 Rn. 10; kritisch zu dieser Ansicht über Know-
how mit Blick auf unkörperliche Waren Eggen IHR 2017, 229, 232.

⁸¹⁰ Vgl. hierzu etwa Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari CISG Art. 3 Rn. 6 ff.

⁸¹¹ Vgl. Staudinger/Magnus, 2025, CISG Art. 3 Rn. 16.

⁸¹² Vgl. Schroeter UN-Kaufrecht Rn. 96 ff.; näher Schäfer IHR 2003, 118 ff.

⁸¹³ Vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari CISG Art. 1 Rn. 38 (bezogen auf Software).

⁸¹⁴ Vgl. hierzu etwa Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari CISG Art. 3 Rn. 13 ff.

tung gegenüber der Warenlieferungsverpflichtung kann also nur angenommen werden, wenn der Wert der Dienstleistungen höher ist als der Wert der Waren. Als weitere Kriterien, auf die zusätzlich zum Wertverhältnis abgestellt werden kann, kommen der Parteiwille und die Parteiinteressen in Betracht.

⇒ Fall Nr. 45 – Kaufvertrag

2. Parteiniederlassungen in verschiedenen Staaten (Art. 1 I, II CISG)

- 21 Art. 1 I CISG bestimmt, dass das UN-Kaufrecht (CISG) nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Vertragsparteien ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten haben (**Internationalität des Kaufgeschäfts**).⁸¹⁵ Falls eine Partei mehrere Niederlassungen hat, ist diejenige maßgebend, die unter Berücksichtigung der vor und bei Vertragsschluss den Parteien bekannten oder von ihnen in Betracht gezogenen Umstände die engste Beziehung zu dem Vertrag und zu seiner Erfüllung aufweist (Art. 10 lit. a CISG). Hat eine Partei keine Niederlassung, so ist ihr gewöhnlicher Aufenthalt maßgebend (Art. 10 lit. b CISG). Nach Art. 1 II CISG wird die Tatsache, dass die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, nicht berücksichtigt, wenn sie sich nicht aus dem Vertrag, aus früheren Geschäftsbeziehungen oder aus Verhandlungen oder Auskünften ergibt, die vor oder bei Vertragsschluss zwischen den Parteien geführt oder von ihnen erteilt worden sind. Im Gegensatz zur Niederlassung der Parteien kommt es auf deren Staatsangehörigkeit nicht an (Art. 1 III CISG).

⇒ Fall Nr. 46 – Kanada oder Kalifornien?

3. Hinreichende Beziehung zu Vertragsstaat(en) (Art. 1 I lit. a, b CISG)

- 22 Nach Art. 1 I lit. a, b CISG kommt das UN-Kaufrecht (CISG) nur dann zur Anwendung, wenn entweder beide Staaten, in denen die Parteien ihre Niederlassungen haben, Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts sind (lit. a), oder die Regelungen des Internationalen Privatrechts (IPR) zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen (lit. b). Während die Alternative des Art. 1 I lit. a CISG in allen Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts (CISG) Gültigkeit besitzt, gilt Art. 1 I lit. b CISG nur in den Staaten, die – wie die Bundesrepublik Deutschland⁸¹⁶ – keinen Vorbehalt nach Art. 95 CISG erklärt haben. Daraus ergeben sich für ein deutsches Gericht die **folgenden Prüfungsschritte** für die Bestimmung, ob das UN-Kaufrecht (CISG) anwendbar ist:
- Erster Schritt: Sind beide Staaten, in denen die Parteien ihre Niederlassungen haben, Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts?⁸¹⁷ Ggf. ist das UN-Kaufrecht (CISG) aufgrund von Art. 1 I lit. a CISG anwendbar.
 - Zweiter Schritt: Verweisen die Regelungen des deutschen Internationalen Privatrechts (IPR) auf das Recht eines Vertragsstaats, der keinen Vorbehalt nach Art. 95 CISG erklärt hat? Ggf. ist das UN-Kaufrecht (CISG) nach Art. 1 I lit. b CISG anwendbar.

⁸¹⁵ Zu Mehrparteienverträgen s. Schroeter IHR 2019, 231, 232 mwN: für Anwendbarkeit unschädlich, dass sich auf Verkäuferseite zwei Parteien befinden, von denen eine im selben Land niedergelassen ist wie die Käuferin.

⁸¹⁶ Vgl. aber Art. 2 des Gesetzes zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11.4.1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf sowie zur Änderung des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19.5.1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR), sog. Vertragsgesetz (VertragsG), abgedruckt und kommentiert bei Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter. Nach dieser Vorschrift bleibt Art. 1 I lit. b CISG außer Betracht, wenn die Regeln des Internationalen Privatrechts (IPR) zur Anwendung des Rechts eines Staates führen, der einen Vorbehalt nach Art. 95 CISG erklärt hat.

⁸¹⁷ Hinweis: Ein ständig aktualisiertes Verzeichnis der Vertragsstaaten des UN-Kaufrechts (CISG) und ihrer Vorbehalte ist unter www.cisg-online.ch verlinkt.