

CISG-online 224

Jurisdiction	Austria
Tribunal	Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court)
Date of the decision	06 February 1996
Case no./docket no.	10 Ob 518/95
Case name	<i>Propane gas case</i>

Entscheidungsgründe:

Am 26.9.1990 kam es zwischen dem Prokuristen der Klägerin, Jürgen S[...] und dem geschäftsführenden Gesellschafter der erstbeklagten Partei, Harald D[...], zu einem ersten Gespräch bei dem Harald D[...] mit einer blauen Informationsmappe, betitelt mit «H[...] Cooperationsgesellschaft mbH & Co KG», warb. Es steht nicht fest, daß die klagende Partei diese Informationsmappe inklusive der darin eigens eingelegten AGB erhalten hat, daß in der Folge die Annahme der AGB der beklagten Parteien durch die klagende Partei als Voraussetzung für allfällige spätere Geschäfte zwischen den Streitteilen vereinbart wurde oder daß dies am 19.12.1990 anlässlich der Vertragsverhandlungen der Fall war.

1

Am 8.10.1990 kam es in Stuttgart zu einem weiteren Gespräch zwischen den Streitteilen, bei dem die Erarbeitung eines Rahmenvertrages für Tendergeschäfte mit Saudi-Arabien grundsätzlich besprochen wurde. Dieser Rahmenvertrag sollte sich nicht auf sogenannte Tagesgeschäfte beziehen, welche üblicherweise nach den Incoterms abgewickelt werden. In der Folge übermittelten die beklagten Parteien der klagenden Partei am 17.10.1990 einen Entwurf des Rahmenvertrages, den diese jedoch als zu einseitig befand und deshalb nicht weiter verfolgte. Für Tagesgeschäfte war der Rahmenvertrag nicht geeignet, da dabei innerhalb kürzester Zeit für bestimmte Produkte Abnehmer zu finden sind und welche daher primär telefonisch ausgehandelt und abgewickelt werden. Da die Geschäftsbeziehung zwischen den Streitteilen neu war, einigte man sich darauf, jedes Geschäft mit einem Akkreditiv bzw. einem Letter of Credit (LC) abzuwickeln.

2

Nach einigen Angeboten per Telefax, die zu keinem Abschluß führten, bot die klagende Partei am 18.12.1990 an, Erdgas in der Menge von ca. 700 bis 800 Tonnen kaufen zu wollen. Darauf antworteten die beklagten Parteien mit Schreiben (Telefax) vom 19.12.1990 (10.17 Uhr) mit folgendem Wortlaut:

3

«Butan und Propan sind prompt lieferbar f.o.b. ARA mit Premium von US-\$ 18,00/m.t. Wir sollten vorzugshalber aber eine groessere Menge als die von Ihnen erwaehten 1000 m.t.

Der Vorgang ist abschlussreif in allen Einzelheiten. Da wir groessere Mengen anhand haben (Term-Vertraege) bemuehen wir uns seit heute auch um den einen oder anderen Abnehmer.»

Die Abkürzung ARA bezeichnet den Großraum Amsterdam-Rotterdam-Antwerpen.

In einem weiteren Fax der beklagten Parteien vom 19.12.1990 (11.46 Uhr) heißt es:

4

«Nach unserem Ermessensspielraum koennen wir max. einen Durchschnittspreis von US-\$ 376,00 im Moment akzeptieren.»

Darauf reagierte die klagende Partei mit dem Telefax vom 19.12.1990 (14.16 Uhr):

5

«Wir freuen uns das erste Geschäft im Flüssiggasbereich bestätigen zu können. Gemäß Ihrem Angebot haben wir gekauft:

Sorte: Propan nach Absprache Butan max. 2%

Olefine max. 5%

Menge: ca 700–800 t

Preis: USD/to 376,-- fot Raffinerie Rotterdam für Export Belgien

Abnahme: Dezember 1990

Da wir nach Möglichkeit bereits am 20.12.1990 mit der Übernahme der Ware beginnen wollen, bitten wir um Aufgabe der Lieferdetails

Zahlung: Wir schlagen vor, 10 Tage nach Lieferdatum gegen Telexrechnung

Des weiteren bearbeiten wir derzeit noch eine Schiffsmenge zur Übernahme in diesem Jahr ca. 1000 t.

Hinsichtlich des Schiffes – zur Ladung 2.1.91 – erwarten wir dringend Ihren Bescheid.

Die weiteren Details stimmen wir im Laufe des Nachmittags mit Ihnen ab.»

Belgien als Exportbestimmungsland wurde deshalb genannt, damit für die Raffinerie klar sein sollte, für welches Land die Zollpapiere vorzubereiten waren.

Die letzte schriftliche Nachricht am 19.12.1990 war das Fax der beklagten Parteien an die Klägerin mit folgendem Inhalt (15.19 Uhr):

6

«... die Bestätigung des genauen Ladeplatzes muss ich in den naechsten 2 Stunden in den USA erfragen. Den Ladebeginn ebenso, gleichwohl wird natuerlich noch das Zahlungsproblem haben.

Die Zahlung sollte nicht spaeter als 3 Tage nach Abnahme erfolgen. Bedingt durch die neue Verbindung nach praktisch allen Seiten in diesem Geschaefte muessen wir allerdings um eine Bankbestaetigung des Auftrages bitten. Das waere wohl das einfachste.

Damit waere sicher auch der Termin 02.01.1991 zu bestaetigen. Teilen Sie uns bitte mit, wann ihre Bank bestaetigen kann. Die Bankverbindung geben wir Ihnen dann umgehend bekannt.

Zwischenzeitlich haben wir sicher auch Antwort aus den USA. Schneller geht es leider nicht.»

Neben diesem regen Schriftverkehr per Fax herrschte am 19.12.1990 ein ebenso reger Informationsaustausch per Telefon zwischen den Streitteilen, wobei die Verhandlungen von Jürgen S[...] und Harald D[...] geführt wurden. Nach dem Fax der klagenden Partei vom 14.16 Uhr kam es zu einem weiteren Telefonat. Dabei wurde abgehend vom Vorschlag der klagenden Partei eine Zahlungsfrist von drei Tagen nach Übernahme und eine Absicherung dieses Kaufes durch einen Letter of Credit (LC) der klagenden Partei vereinbart. Es konnte nicht festgestellt werden, daß die beklagten Parteien noch Vorbehalte hinsichtlich des Bestimmungsortes Belgien gemacht haben.

7

Während der Verhandlungen mit den beklagten Parteien kontaktierte die klagende Partei die G[...] T[...] Holland [...] zwecks Weiterverkauf der von den beklagten Parteien geordneten Liefermenge. Als diese Verkaufsmöglichkeit der klagenden Partei konkret wurde, fixierte sie auch die Abnahme der ersten Menge 700–800 Tonnen mit den beklagten Parteien. Als Harald D[...] darauf drang, daß auch noch eine weitere Menge abgenommen werde, bemühte sich die klagende Partei um einen Weiterverkauf einer größeren Menge, was ihr an diesem Nachmittag auch gelang. Als ein entsprechendes Aviso der G[...] T[...] vorlag, wurde letztendlich die von der klagenden Partei ursprünglich ins Auge gefaßte Liefermenge von 700–800 Tonnen auf ca. 3.000 Tonnen aufgestockt und mit den beklagten Parteien vereinbart. Der erzielte Verkaufspreis der klagenden Partei an die G[...] T[...] betrug US-\$ 381,- pro Tonne.

8

Nach Ansicht der klagenden Partei war damit am Abend des 19.12.1990 das Geschäft mit den beklagten Parteien abgeschlossen, wobei lediglich noch der Ladeplatz unklar war. Die klagende Partei wartete noch auf die Bekanntgabe der Ladestelle, um die für sie notwendigen Grunddaten für den Letter of Credit zur Verfügung zu haben. Jürgen S[...], der nach dem 19.12.1990 auf Urlaub ging, wies seine Mitarbeiterin noch an, diesbezüglich bei den beklagten Parteien zu urgieren. Während seines Urlaubes telefonierte er deswegen auch mit Harald D[...]. In weiterer Folge urgierte die klagende Partei die Bekanntgabe der Ladestelle mit Telefax vom 02.01.1991. Am 03.01.1991 teilte die klagende Partei den beklagten Parteien mit, daß aufgrund des Fehlens der zugesagten Unterlagen an diesem Tage bankmäßig bezüglich des geforderten LC's nichts mehr erledigt werden könne.

9

Die beklagten Parteien reagierten darauf mit Telefax vom 07.01.1991, worin sie der klagenden Partei erstmals mitteilten, daß sie keine Zustimmung von ihrem Lieferanten für den Export für die Niederlande und Benelux hätten, sohin eine Lieferung des Erdgases nicht mehr möglich sein werde.

10

In der Folge erfolgte weder die Nennung der Ladestelle durch die beklagten Parteien noch die Ausstellung eines Letter of Credit durch die klagende Partei. Am 08.01.1991 teilte die klagende Partei den beklagten Parteien mit, daß die G[...] T[...] als ihr Abnehmer bereits Deckungskäufe durchgeführt habe, die klagende Partei jedoch bemüht sei, die angekaufte Menge in Deutschland unterzubringen. Am gleichen Tag teilten auch die beklagten Parteien der klagenden Partei mit, daß das Erdgas endgültig nicht in die Benelux-Staaten verkauft werden dürfe.

11

Mit Schreiben vom 15.01.1991 übermittelte die klagende Partei den beklagten Parteien eine Aufstellung des Fehlbetrages ihres Kunden. In der Folge leitete die klagende Partei die Ansprüche der G[...] T[...] aus dem Deckungsgeschäft in der Höhe von US-\$ 144.131,- an die beklagten Parteien weiter, die diese zurückwiesen.

12

Beim Arrondissementsgericht in Rotterdam ist zwischen der klagenden Partei und der G[...] T[...] über das Deckungsgeschäft ein Schadenersatzprozeß über US-\$ 144.131,- anhängig.

13

Die klagende Partei begehrt die Zahlung eines Betrages von 168.000,- S s.A. aus dem Titel des Schadenersatzes. Sie habe am 19.12.1990 bei den beklagten Parteien 3.000 mt Propan zu einem Kaufpreis von US-\$ 376/mt bestellt. Nach Abschluß des Kaufvertrages habe die klagende Partei noch am selben Tage die 3.000 mt Propan an die holländische Firma G[...] T[...] verkauft. Trotz mehrfacher Fristsetzung hätten die beklagten Parteien die vereinbarte und bestellte Propanmenge nicht geliefert, sodaß die klagende Partei ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der G[...] T[...] -Holland nicht termingerecht nachkommen habe können. Die dadurch entstandenen Mehrkosten würden US-\$ 144.131,- samt 1% Zinsen pro Monat betragen. Zudem sei der klagenden Partei ein Gewinn von US-\$ 5,- pro Tonne entgangen, sodaß der klagenden Partei ein weiterer Schaden von US-\$ 15.000,- (umgerechnet 168.000,- S) entstanden sei. Die erstbeklagte Partei sei persönlich haftende Gesellschafterin der zweitbeklagten Partei. Trotz Aufforderung zur Schadenswiedergutmachung hätten die beklagten Parteien jedweden Anspruch der klagenden Partei verneint und bisher keine Zahlung geleistet.

14

Die beklagten Parteien beantragten die Abweisung des Klagebegehrens. Ein Kaufvertrag zwischen den Streitteilen sei nicht zustandegekommen. Laut den vereinbarten AGB und dem zugrundeliegenden Rahmenvertrag hätte eine Annahme durch die beklagten Parteien nur schriftlich erfolgen können. Dies sei nicht geschehen. Weiters sei keine Einigung über die Zahlungsweise zustandegekommen, was jedoch für die beklagten Parteien essentiell für das Zustandekommen eines Kaufvertrages gewesen sei. Überdies hätte die klagende Partei beabsichtigt, das Propan in den Beneluxstaaten zu verkaufen. Dies sei jedoch aufgrund der Bindung der beklagten Parteien hinsichtlich ihres Lieferanten nicht möglich gewesen. Bei nachträglicher Betrachtung sei zudem ersichtlich, daß es die klagende Partei offensichtlich darauf angelegt habe, einseitig einen Vertragsabschluß zu behaupten, um einen Deckungskauf mit einer Schadenersatzforderung gegen die beklagten Parteien betreiben zu können. Tatsächlich sei der klagenden Partei jedoch kein finanzieller Nachteil entstanden, den sie nicht – auch unter Berücksichtigung ihrer allfälligen Schadensminderungspflicht – hätte abwenden können.

15

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit Ausnahme eines Teils des Zinsenbegehrens statt. Auf die Rechtsbeziehung zwischen den Streitteilen sei das UN-Kaufrecht (UN-K) anzuwenden. Danach hätten sich die Parteien über Menge, Qualität und Preis des zu verkaufenden Erdgases geeinigt. Auch die Zahlungsmodalitäten (Akkreditiv bzw. Letter of Credit) und -fristen seien am Abend des 19.12.1990 vertraglich fixiert worden.

16

Lediglich die Benennung der Ladestelle durch die beklagten Parteien sei noch offen gewesen. Insgesamt sei somit von einem rechtsgültigen und unbedingt zustande gekommenen Kaufvertrag auszugehen. Die Bedingungen des Rahmenvertrages seien nie vertragliche Grundlage für das Rechtsgeschäft geworden. Die AGB der beklagten Parteien seien nicht vereinbart worden. Vertragspflicht der klagenden Partei gemäß Art. 53 UN-K sei es gewesen, für die Eröffnung des Akkreditivs zu sorgen. Eine Akkreditivklausel diene der Absicherung der Pflichten beider Vertragsteile, insbesondere wolle damit der Käufer auch sicherstellen, daß die Zahlung erst erfolge, wenn die vertraglichen Leistungen des Verkäufers (Lieferung der bedungenen Menge und Qualität zur bedungenen Zeit) erfüllt seien. Dementsprechend sei für den Käufer schon bei Abschluß des Grundgeschäftes von größtem Wert, den Inhalt des Akkreditivs und die vorzulegenden Dokumente möglichst umfassend zu fixieren. Bei einer fob-Klausel habe der Verkäufer die Ware an Bord des vom Käufer angegebenen Schiffes im vereinbarten Verschiffungshafen zum vereinbarten Zeitpunkt oder innerhalb der vereinbarten Frist dem Hafenbrauch entsprechend zu liefern und dem Käufer unverzüglich mitzuteilen, daß die Ware an Bord des Seeschiffes geliefert worden sei. Dabei habe der Verkäufer die Kosten und Gefahren der Ware bis zu dem Zeitpunkt zu tragen, in dem die Ware im vereinbarten Verschiffungshafen die Reeling des Schiffes tatsächlich überschritten habe. Zur vollständigen Absicherung seiner vertraglichen Rechte durch Akkreditiv sei somit für den Käufer auch der Ort der Ladestelle von Bedeutung. Daß ein Akkreditiv auch ohne Nennung der genauen Ladestelle eröffnet werden könne, sei hier nicht entscheidend, weil die klagende Partei ausdrücklich die Benennung des Ladeortes zur vollständigen Absicherung ihrer Order gewünscht habe. Die beklagten Parteien hätten jedenfalls zugesichert, den Ladeplatz binnen zwei Stunden zu benennen, was in der Folge unterblieben sei. Die Nichtausstellung eines Akkreditivs sei sohin auf ein Unterlassen der beklagten Parteien zurückzuführen. Hätten sie die Ausstellung eines allgemeinen Akkreditivs zur vertragskonformen Erfüllung in Betracht gezogen, hätten sie dies der klagenden Partei auch mitteilen müssen. Ein Untätigbleiben bzw. ein bloßes Warten auf die Übermittlung irgendeines Akkreditivs durch die klagende Partei entspreche nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben.

Überdies sei in Betracht zu ziehen, daß letztendlich nicht die Nichtbereitstellung des Akkreditivs durch die klagende Partei, sondern die Vorgabe des Bestimmungsortes durch den Lieferanten der beklagten Parteien zum Scheitern der Vertragserfüllung geführt habe. Der Grund für die Nichterfüllung der Lieferung sei damit im Unvermögen der beklagten Parteien zu finden, die geordnete Ware von ihrem Lieferanten für die Beneluxstaaten freizubekommen.

17

Gemäß Art. 74 UN-K hätten die beklagten Parteien der klagenden Partei den entgangenen Gewinn von US-\$ 5,-/mt zu ersetzen. Ihr Feststellungsinteresse habe die klagende Partei durch das Aufzeigen der Geschäftsverbindung und der vertraglichen Verpflichtung gegenüber der G[...] T[...] deutlich gemacht. Das Feststellungsbegehren sei in Anbetracht der Zurückweisung jedweder Ansprüche der klagenden Partei durch die beklagten Parteien, insbesondere im Hinblick auf die Verjährung ihrer Forderung und die Ungewißheit des anhängigen Schadenersatzprozesses in Rotterdam gerechtfertigt.

18

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Parteien nicht Folge, wobei es seiner Entscheidung die erstgerichtlichen Feststellungen als Ergebnis eines für mängelfrei befundenen Verfahrens zugrundelegte. Auf den streitgegenständlichen Kaufvertrag sei

19

gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b UN-K die Normen dieses Übereinkommens anzuwenden. Nach UN-K komme ein Vertrag wie nach österreichischem Recht durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande. Nach Art. 11 UN-K unterliege der Kaufvertrag keinen Formvorschriften. Im vorliegenden Fall komme der Rahmenvertrag nicht zur Anwendung, weil er nicht perfekt geworden sei. Für die Einbeziehung standardisierter Geschäftsbedingungen wie die AGB in einen Vertrag stelle das UN-K keine besonderen Voraussetzungen auf. Die erforderlichen Regeln seien aus Art. 8 UN-K zu entwickeln. Geschäftsbedingungen einer Seite könnten deshalb schon aufgrund der Verhandlungen zwischen den Parteien oder der zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten Bestandteil der Offerte sein. Im übrigen müsse ein Hinweis auf Geschäftsbedingungen, die der Offerte nicht beigelegt seien, so deutlich sein, daß eine vernünftige Person «in den Schuhen des Empfängers» ihn verstehe. Der vorliegende Kaufvertrag zwischen den Streitparteien sei der erste der eben aufgenommenen Geschäftsbeziehung gewesen. Gepflogenheiten hätten daher noch nicht entstanden sein können. Daß die AGB der beklagten Parteien den Vertragsverhandlungen zugrundegelegt worden wären, habe nicht festgestellt werden können. Ein deutlicher Hinweis der beklagten Parteien, das gegenständliche Geschäft nur unter ihren AGB abzuschließen, sei nicht erfolgt. Die AGB der beklagten Parteien seien daher nicht vereinbart worden. Die darin vorgesehene Schriftlichkeit sei für die Bestätigung der Annahme einer Bestellung, sohin für die Gültigkeit des Kaufvertrages somit nicht erforderlich gewesen. Im übrigen würde hier auch der Mißbrauchseinwand des Art. 29 Abs. 2 Satz 2 UN-K zum Tragen kommen, würden die Vertragsteile sich mündlich über einen Kaufvertrag einigen, ohne daß der eine Teil auf das Erfordernis der Schriftlichkeit für dessen Zustandekommen hinweise. Die Vertragsparteien hätten daher teils schriftlich, teils mündlich am 19.12.1990 einen Kaufvertrag über insgesamt ca. 3.000 Tonnen Flüssiggas geschlossen. Auch die Zahlungskonditionen seien mit einer Zahlungsfrist von drei Tagen nach Übernahme der Ware und Absicherung des Kaufes durch einen Letter of Credit detailliert vereinbart worden.

Im vorliegenden Fall habe die klagende Partei das Akkreditiv nicht erstellt und hätten die beklagten Parteien den Kaufgegenstand, nämlich das Flüssiggas nicht geliefert. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Nichterfüllung des Akkreditivs durch die klagende Partei eine Vertragsverletzung darstelle, die die beklagten Parteien zur Vertragsaufhebung nach Art. 64 Abs. 1 UN-K berechtigen würden. Die Erfüllung sei nämlich nicht daran gescheitert, daß die klagende Partei das Akkreditiv nicht eröffnet habe, sondern daran, daß die beklagten Parteien keine Zustimmung ihres Lieferanten für einen Weiterverkauf des Flüssiggases nach Belgien erhalten hätten. Stehe aber bereits fest, daß der akkreditierte Verkäufer den Lieferanspruch des Käufers nicht erfüllen könne, könne der Käufer seine Pflicht zur Stellung eines Akkreditivs aussetzen (Art. 71 UN-K). Darüberhinaus hätten die beklagten Parteien nie ausdrücklich gegenüber der klagenden Partei die Aufhebung des Vertrages i.S.d. Art. 26 UN-K erklärt, sondern sich auf den Standpunkt gestellt, daß überhaupt kein Kaufvertrag geschlossen worden sei. Die beklagten Parteien seien ihrer Verpflichtung zur Lieferung der Ware nicht nachgekommen, weshalb die klagende Partei gemäß Art. 45 Abs. 1 lit. b UN-K Schadenersatz nach den Art. 74–77 UN-K verlangen könne. Gemäß Art. 74 UN-K sei für die durch eine Partei begangene Vertragsverletzung der der anderen Partei infolge der Vertragsverletzung entstandene Verlust, einschließlich des entgangenen Gewinns zu ersetzen. Nach den Feststellungen betrage dieser umgerechnet 168.000,- S. Im vorliegenden Fall sei also infolge der Vertragsverletzung bereits ein Schaden bei der klagenden Partei eingetreten. Zudem stehe

20

fest, daß die klagende Partei vor dem Arrondissementsgericht in Rotterdam von ihrem Vertragspartner, der G[...] T[...], auf Schadenersatz in Anspruch genommen werde, sodaß nicht auszuschließen sei, daß der klagenden Partei aus der Vertragsverletzung der beklagten Parteien ein weiterer Schaden entstehen könne. Begründete Anhaltspunkte für ein von den beklagten Parteien behauptetes doloses Zusammenwirken der klagenden Partei und der G[...]T[...] lägen nicht vor. Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für zulässig.

Gegen dieses Urteil richtet sich die ordentliche Revision der beklagten Parteien aus dem Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sowie das Urteil des Erstgerichtes im Sinne einer Abweisung der Klagebegehren abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die klagende Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

21

Die Revision ist nicht berechtigt.

Ein Verfahrensmangel liegt nicht vor. Nach Ansicht der beklagten Parteien sei das Berufungsverfahren mangelhaft geblieben, weil zur Beurteilung der Sache nach dem UN-K weitere Feststellungen notwendig gewesen wären. Die beklagten Parteien rügen damit das Vorliegen sekundärer Feststellungsmängel; solche sind aber nicht mit dem Revisionsgrund nach § 503 Z. 2 ZPO, sondern im Zusammenhang mit der Rechtsrüge geltend zu machen (SSV-NF 3/29, EFSlg 55.115, JBl 1982, 311, EFSlg 34.500 u.a.).

22

Die in der Berufung gerügte, vom Berufungsgericht verneinte Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz durch Unterlassung der Durchführung verschiedener Beweise (ergänzende Parteienvernehmung, Beischaffung des ausländischen Hauptaktes klagende Partei/G[...] T[...] sowie der Einvernahme eines informierten Zeugen der G[...] T[...]) kann nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nicht mehr mit Erfolg als Mangel des Berufungsverfahrens geltend gemacht werden (JUS 1989 Z/265, EvBl 1989/165 = NRsp 1989/159 = WBl 189, 317, SSV-NF 3/18, 7/74 u.a.).

Soweit sich die Revisionswerber dagegen wenden, daß die Vorinstanzen davon ausgingen, daß der klagenden Partei ein Gewinn von US-\$ 5/mt Propangas entgangen sei, bekämpfen sie in unzulässiger Weise die Feststellungen. Die Vorinstanzen haben ihren Entscheidungen zugrundegelegt, daß zwischen den Streitteilen ein Preis von US-\$ 376/mt vereinbart wurde und die klagende Partei das Erdgas um US-\$ 381/mt an die G[...] T[...] weiterverkaufte. Der Oberste Gerichtshof ist keine Tatsacheninstanz; die Überprüfung der Richtigkeit dieser von den Vorinstanzen aufgrund der Beweisergebnisse getroffenen Feststellungen ist ihm verwehrt.

Beide Streitteile gehen im vorliegenden Fall zutreffend davon aus, daß die Beurteilung der Frage, ob zwischen der in Deutschland ansässigen klagenden Partei und den beklagten Parteien, die ihren Sitz in Österreich haben, am 19.12.1990 ein Kaufvertrag zustandekam sowie auf die Beurteilung der Verpflichtungen aus einem solchen Vertrag bzw. die Folgen der Verletzung solcher Verpflichtungen das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (UN-K) anzuwenden ist; die Vertragsparteien haben ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten. Zwar ist der Kaufvertrag vor dem Tag

23

des Inkrafttretens des UN-K in Deutschland (am 1.1.1991 BGBl. 1990/303) geschlossen worden, doch bestimmt Art. 1 Abs. 1 lit. b UN-K, daß das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf auch dann anzuwenden ist, wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führen (Vorschaltlösung – *Karollus*, UN-K, 30). Nach § 36 IPRG sind gegenseitige Verträge, nach denen die eine Partei der anderen zumindest überwiegend Geld schuldet – soweit eine Rechtswahl zwischen den Parteien nicht getroffen wurde (§ 35 Abs. 2 IPRG) – nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem die andere Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Auf den gegenständlichen Kaufvertrag ist daher wegen des in Österreich gelegenen Sitzes der beklagten Parteien als Verkäufer auf die Geschäftsbeziehung der Streitteile österreichisches Recht anzuwenden. Da das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf zum Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Kaufvertrages in Österreich bereits in Kraft war (1.1.1989 BGBl. 1988/96), ist für den dem vorliegenden Rechtsfall zugrundeliegenden Kaufvertrag aus dem Jahre 1990 daher UN-K maßgeblich (s.a. RIW 1991, 952).

Nach Art. 14 UN-K kommt ein Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärung, nämlich durch Abgabe eines Angebotes und dessen Annahme, zustande, wobei der Kaufvertrag nach dem UN-K weder schriftlich abgeschlossen werden muß noch sonstigen Formvorschriften unterliegt (Art. 11 UN-K). Das Angebot, das seinem Inhalt nach durch die Bezeichnung von Ware, Menge und Preis (letztere müssen zumindest bestimmbar sein) ausreichend bestimmt sein muß, ist entsprechend dem dem Erklärungsempfänger erkennbaren Willen des Anbietenden auszulegen (*Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht, Rz. 10 zu Art. 14). Dabei sind nach Art. 8 Abs. 3 UN-K insbesondere die Verhandlungen zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Bräuche und das spätere Verhalten der Parteien zu berücksichtigen.

24

Für die Einbeziehung standardisierter Geschäftsbedingungen wie die AGB stellt das UN-K keine besonderen Voraussetzungen auf. Die erforderlichen Regeln sind daher nach den Art. 14 ff. UN-K, welche das äußere Zustandekommen des Vertrages abschließend regeln, zu entwickeln (*Piltz*, Internationales Kaufrecht, Rz. 75 zu § 5). Demnach müssen die AGB um in einen Vertrag einbezogen werden zu können, nach dem dem Adressaten erkennbaren Willen der erklärenden Partei (Art. 8 Abs. 1 und 2 UN-K) Bestandteil des Angebotes geworden sein. Dies kann auch stillschweigend geschehen oder sich aufgrund der Verhandlungen zwischen den Parteien oder sich aus einer zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheit ergeben.

25

Wesentliche Frage ist, ob zwischen den Parteien ein Kaufvertrag betreffend 3.000 mt Propangas zustandegekommen ist, was die Vorinstanzen bejahten. Die beklagten Parteien führen dagegen ins Treffen, daß sich aus den AGB, dem Rahmenvertragsentwurf und der zwischen den Streitteilen geführten Korrespondenz ergebe, daß die beklagten Parteien Vertragsabschlüsse grundsätzlich nur schriftlich tätigten und nur gegen Besicherung der Zahlung; die klagende Partei habe sich auch in der Vorkorrespondenz ausdrücklich auf «übliche Konditionen» bzw. «Lieferung auf Vertragsbasis bezogen». Es treffe wohl zu, daß zwischen den Streitteilen zuvor kein Geschäft abgeschlossen worden sei und es sich – sollte überhaupt ein Kaufvertrag zustandegekommen sein, was nach wie vor bestritten werde – um den ersten Vertragsabschluß gehandelt hätte, sodaß durch frühere Abschlüsse

26

«Gepflogenheiten» im Sinne Art. 9 UN-K nicht begründet werden konnten; aus den früheren Besprechungen (AGB, Korrespondenz, Rahmenvertragsentwurf) sei jedoch die Vorgangsweise der beklagten Parteien bei Abschluß von Geschäften klar gewesen, insbesondere, daß sie diese Verträge nur schriftlich abschließen. Dieses Vorverhalten sei als «Gepflogenheiten» im Sinne Art. 9 UN-K zu qualifizieren. Ausgehend hiervon sei jedoch ein wirksamer Vertragsabschluß nicht erfolgt, weil vor allem die Schriftform nicht eingehalten worden sei.

Dem kann nicht beigetreten werden:

Es ist durchaus denkbar, daß allenfalls aus Vorgesprächen sich ergebende Vorstellungen einer Partei, die nicht ausdrücklich vereinbart wurden, schon bei Beginn der Geschäftsbeziehung als «Gepflogenheiten» im Sinne des Art. 9 UN-K Inhalt auch bereits des ersten Vertrages werden können. Dies hat aber jedenfalls zur Voraussetzung (Art. 8 UN-K, insbes. dessen Abs. 1), daß dem Vertragspartner aus den Umständen klar sein muß, daß die andere Partei grundsätzlich nur bereit ist, derartige Geschäfte aufgrund ganz bestimmter Bedingungen oder in bestimmter Form abzuschließen. Hier steht gar nicht fest, ob die AGB der beklagten Parteien der klagenden Partei ausgefolgt wurden, über ihre Anwendung Übereinkunft erzielt wurde bzw. ob sie der klagenden Partei überhaupt zur Kenntnis gelangten. Die Vorinstanzen konnten nicht feststellen, daß dem Prokuristen der klagenden Partei die Informationsmappe mit den AGB ausgefolgt wurde, und aus den Feststellungen kann auch nicht abgeleitet werden, daß der Inhalt der AGB der klagenden Partei im weiteren (nach den ersten Informationsgesprächen) mitgeteilt wurde. Da nicht feststeht, daß der klagenden Partei die AGB der beklagten Parteien überhaupt bekannt waren, kann nicht davon ausgegangen werden, daß diese im Sinne des Art. 9 UN-K den vertraglichen Vereinbarungen der Streitteile zugrunde lagen.

27

Zwischen den Parteien stand auch ein Rahmenvertragsentwurf zur Diskussion. Der vorgesehene Rahmenvertrag, der letztlich nicht abgeschlossen wurde, weil es zwischen den Parteien zu keiner Willenseinigung kam, sollte die Grundlage für sogenannte Tendergeschäfte bilden. Diese unterscheiden sich nach den Feststellungen grundsätzlich von Tagesgeschäften, zu denen das hier in Frage stehende Geschäft zählt. Bei Tagesgeschäften geht es darum, innerhalb kürzester Zeit Abnehmer für bestimmte Produkte zu finden; sie werden primär telefonisch ausgehandelt und abgewickelt. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß die klagende Partei wußte oder wissen mußte, daß die beklagten Parteien dem Abschluß von Tagesgeschäften Bedingungen zugrundelegen wollten, die im Rahmen von Verhandlungen zum Abschluß eines Rahmenvertrages für Tendergeschäfte erörtert, letztlich aber abgelehnt wurden. Nur dann, wenn die klagende Partei diese Bedingungen und die Absicht der beklagten Parteien, sie ihren Geschäftsabschlüssen zugrunde zu legen, gekannt hätte, hätten diese ohne besondere Vereinbarung im Sinne des Art. 9 Abs. 1 UN-K Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen werden können.

28

Aus der Korrespondenz kann für den Standpunkt der beklagten Parteien nichts abgeleitet werden. Allein die Berufung auf «übliche Konditionen» bzw. «auf Vertragsbasis» sagt nichts darüber aus, daß die klagende Partei damit auf AGB der beklagten Parteien oder im Zusammenhang mit einem nicht abgeschlossenen, völlig anderen Arten von Geschäften betreffenden Rahmenvertrag erörterte Vertragsbedingungen Bezug nahm.

29

Da die AGB der beklagten Parteien nicht Vertragsinhalt wurden, ist ihr Inhalt nicht entscheidungswesentlich, so daß es keiner Feststellungen hierüber bedurfte. Ebenso wer es entbehrlich, den von den beklagten Parteien monierten Inhalt der Korrespondenz festzustellen, weil selbst die von ihnen gewünschten Feststellungen zu keinem anderen Ergebnis geführt hätten.

30

Da eine bestimmte Form des Vertragsabschlusses anlässlich der Verhandlungen vom 19.12.1990 nicht vereinbart wurde, nach den Feststellungen aber auch nicht davon ausgegangen werden kann, daß zwischen den Parteien Klarheit über Bedingungen des Vertragsabschlusses bestand (Art. 9 Abs. 1 UN-K), nach denen Verträge ausschließlich schriftlich abzuschließen wären, war die Einhaltung der Schriftform nicht Voraussetzung für das wirksame Zustandekommen eines gültigen Vertrages (Art. 11 UN-K). Bei Beurteilung dieser Frage sind vielmehr auch mündliche Erklärungen der Verhandlungspartner zu berücksichtigen.

31

Das Berufungsgericht hat daher zu Recht darauf hingewiesen, daß die Geschäftsbedingungen der beklagten Parteien weder aufgrund der Vertragsverhandlungen noch aufgrund der zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten Bestandteil der Offerte der beklagten Parteien geworden sein konnten. Zwar können die Modalitäten für den Vertragsabschluß auch kraft Handelsbrauch modifiziert werden (*Karollus*, UN-K, 52), sofern die Parteien sich bei Abschluß des Vertrages auf einen solchen bezogen haben (Art. 9 Abs. 2 UN-K); ein derartiger der Mineralölbranche eigener Brauch, Kaufverträge schriftlich abzuschließen, wurde im vorliegenden Fall jedoch weder festgestellt noch von den beklagten Parteien behauptet.

32

Die Argumentation der Revision geht in diesem Punkt im wesentlichen dahin, daß die vorliegenden schriftlichen Unterlagen (Telefaxe) für die Annahme einer Willensübereinstimmung nicht ausreichten. Die beklagten Parteien lassen dabei aber wesentliche Umstände außer acht, wenn sie ausschließlich gestützt auf den Inhalt der Telefaxe argumentieren, daß die Erklärungen der Partei für die Annahme einer Willenseinigung nicht ausreichten. Fest steht nämlich, daß am 19.12.1990 mehrere Telefonate zwischen den Streitteilen geführt wurden, deren Inhalt der Beurteilung der wesentlichen Frage, ob ein Vertragsabschluß zustandekam, zugrunde zu legen ist. Die Streitteile einigten sich danach am 19.12.1990 teils mündlich, teils schriftlich auf die Lieferung von 700–800 Tonnen Flüssiggas zu einem Preis von US-\$ 376,- pro mt, wobei die «Cirka-Mengenangabe» den im Erdgasgeschäft üblichen Usancen entsprach; über die Eigenschaft bzw. Qualität des Flüssiggases bestanden nie – auch nicht im Verfahren erster Instanz – Differenzen zwischen den Streitparteien. Auch die Zahlungskonditionen wurden mit einer Zahlungsfrist von 3 Tagen nach Übernahme der Ware und Absicherung des Kaufes durch einen Letter of Credit detailliert vereinbart.

33

Es kann daher dahingestellt bleiben, ob es sich bei dem im Fax vom 19.12.1990 geäußerten Vorschlag der klagenden Partei, die Ware 10 Tage nach Lieferung gegen Telexrechnung zu bezahlen, um eine wesentliche Abweichung der Annahmeerklärung der klagenden Partei von der Offerte der beklagten Parteien (nach Art. 19 Abs. 1 UN-K wäre die Antwort der klagenden

34

Partei demnach als Gegenangebot zu werten und würde ein neuerliches Vertragsabschlußverfahren in Gang setzen) oder bloß um einen für die weitere Entwicklung der Geschäftsbeziehung geäußerten Vorschlag des Akzeptanten handelt, der nicht im Sinn des Art. 19 Abs. 1 UN-K zu behandeln ist (*Caemmerer/Schlechtriem*, Kommentar zum einheitlichen UN-K, Rz. 7 zu Art. 19). In einem Telefongespräch wurde nämlich Willensübereinstimmung über ein Zahlungsziel von 3 Tagen erzielt.

Daß die Streitteile wie im vorliegenden Fall von der ursprünglich vertraglich bestimmten Menge abgingen und die Lieferung von 3.000 Tonnen Flüssiggas vereinbarten, ist im Hinblick auf Art. 29 Abs. 1 UN-K, wonach eine nachträgliche Änderung des Vertrages durch Willenseinigung der Parteien möglich ist, ohne weiteres wirksam und stand einem Vertragsabschluß über die Menge, über die letztlich Einigung erzielt wurde, nicht entgegen.

35

Auch soweit die Revision die Einigung über eine Menge von 3.000 mt Propan in Frage stellt, weicht sie von den für das Revisionsverfahren bindenden Feststellungen der Vorinstanzen ab. Danach wurde die (im übrigen von den beklagten Parteien gewünschte) Erhöhung der Liefermenge am Nachmittag des 19.12.1990 fernmündlich vereinbart. Auch eine Einigung über die Erstellung eines Akkreditivs (Bankbestätigung) wurde nach den Feststellungen erzielt.

36

Das Geschäft zwischen den Streitteilen war daher am Abend des 19.12.1990 abgeschlossen. In der Folge erstellte jedoch weder die klagende Partei das Akkreditiv noch lieferten die beklagten Parteien den Kaufgegenstand, nämlich das Flüssiggas.

37

Nach Art. 54 UN-K gehört zur Pflicht des Käufers, den Kaufpreis zu bezahlen, auch die Pflicht, Maßnahmen zu treffen, um die Förmlichkeiten zu erfüllen, die der Vertrag oder Rechtsvorschriften erfordern, damit Zahlung geleistet werden kann. Wurde wie hier eine Akkreditivklausel vereinbart, so hat der Käufer für dessen fristgerechte Eröffnung zu sorgen. Dem ist erst dann entsprochen, wenn der Geschäftspartner den Anspruch gegen die Akkreditivbank erworben hat. Die Akkreditivklausel verpflichtet den Käufer sohin zu einer Vorleistung. Erst mit der Akkreditiveröffnung hat er Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung des Verkäufers (*Avancini-Iro-Koziol*, Bankvertragsrecht II, Rz. 4/26). Die Akkreditiveröffnung ist nach einhelliger Auffassung (*Karollus*, a.a.O., 171; *Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 54) Teil der Kaufpreiszahlungspflicht, sodaß ihre Nichtvornahme die Rechtsbehelfe wegen Verletzung der Zahlungspflicht (Art. 61 ff. UN-K) und nicht bloß Rechte wegen antizipierten Vertragsbruchs (Art. 71–73 UN-K) auslöst (*Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Rz 7 zu Art. 54).

38

Die Erstellung des Akkreditivs unterblieb allerdings deshalb, weil die beklagten Parteien entgegen der übernommenen Verpflichtung und ausdrücklichen Zusage (letztes Fax vom 19.12.1990) die Ladestelle nicht bekanntgaben. Obwohl Jürgen S[...] diese Bekanntgabe noch aus seinem Weihnachtsurlaub urgiert hatte, hatten die beklagten Parteien auch Anfang Jänner den Ladeort noch nicht bekanntgegeben. Ausgehend hiervon kann die Mitteilung der klagenden Partei im Fax vom 2.1.1990 nur darauf bezogen werden, daß sie offenbar davon ausging, daß an diesem Tag die Bekanntgabe erfolgen werde, sie jedoch wegen der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit am selben Tag nichts mehr unternehmen könne. Daß das Geschäft bis Anfang Jänner von Seiten der klagenden Partei nicht erfüllt wurde (Vorleistungspflicht

39

durch Erstellung des Akkreditivs), haben daher die beklagten Parteien zu vertreten, die entgegen der von ihnen übernommenen Verpflichtung die Ladestelle nicht mitteilen, obwohl ihnen jedenfalls erkennbar war, daß die klagende Partei erst aufgrund dieser Unterlage den Akkreditiv eröffnen werde. Ob dies allenfalls auch ohne Information über die Ladestelle möglich gewesen wäre, ist unerheblich, haben die Parteien doch deren Bekanntgabe durch die beklagten Parteien ausdrücklich vereinbart. Aufgrund dieser Vereinbarung trafen die beklagten Parteien vorerst die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Ladestelle. Erst danach hatte die klagende Partei den Akkreditiv zu eröffnen. Die Nichtausstellung des Akkreditivs ist sohin auf ein Unterlassen der beklagten Parteien zurückzuführen, weshalb sie sich nach Art. 80 UN-K nicht auf die Nichteröffnung des Akkreditivs durch die klagende Partei berufen können.

Darüber hinaus war die Nichteröffnung des Akkreditivs auch nicht kausal für das Scheitern der Vertragserfüllung. Mit den Vorinstanzen ist die Nichterfüllung des Vertrages den beklagten Parteien anzulasten, welche keine Zustimmung ihres Lieferanten für einen Weiterverkauf des Flüssiggases nach Belgien erhielten.

40

Gemäß Art. 30 UN-K ist der Verkäufer aber nach Maßgabe des Vertrages verpflichtet, die Ware zu liefern. Die in der Revision vertretene Ansicht, die Untersagung der Lieferung nach Belgien und die daraus erwachsenen Folgen seien der Sphäre der klagenden Partei zuzurechnen, weil sie die Möglichkeit der Lieferung nach Belgien nicht zur Bedingung des Geschäftes gemacht habe, ist verfehlt. Wird ein Kaufvertrag geschlossen, so kann der Käufer, sofern nicht besondere Umstände (Embargo, gesetzliche Beschränkungen, branchenbekannte Begrenzungen uä) vorliegen, grundsätzlich davon ausgehen, daß die weitere Verfügung über die Ware in seinem Bereich liegt und nicht weiter beschränkt ist. Es liegt nicht an ihm, sich bei Abschluß des Vertrages das Nichtbestehen allfälliger Lieferbeschränkungen zusichern zu lassen, es ist vielmehr Sache des Verkäufers auf solche Lieferbeschränkungen, durch die die ansonsten freie Verfügbarkeit über die Ware begrenzt wird, hinzuweisen. Unterläßt er dies, kann der Käufer mit Recht davon ausgehen, daß solche Beschränkungen nicht bestehen. Gemäß Art. 41 UN-K hat der Verkäufer Ware zu liefern, die frei von Rechten Dritter ist, es sei denn, der Käufer hätte eingewilligt, eine so belastete Ware zu übernehmen. Hat sich der Lieferant des Verkäufers aber eine Beschränkung bezüglich des Bestimmungslandes vorbehalten, so ist die Ware damit belastet. Ohne Zustimmung des Käufers entspricht die Lieferung einer so belasteten Ware nicht einer vertragsmäßigen Erfüllung.

41

Da die beklagten Parteien dieser Verpflichtung nicht nachkamen, hat die klagende Partei Anspruch auf den vollen Ausgleich ihrer Nachteile (*Karollus*, a.a.O., 211). Daraus folgt, daß der vertragstreue Teil stets so zu stellen ist, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung der objektiv verletzten vertraglichen Leistungspflicht gestanden wäre (*Karollus*, a.a.O., 215). Verhaltensunrecht und Verschulden des Schuldners sind keine Haftungsvoraussetzungen (*Karollus*, a.a.O., 206). Nähere Bestimmungen über die Schadensbemessung enthält das UN-K nur für den Fall der Vertragsaufhebung infolge Vertragsverletzung in den Art. 75 und 76 UN-K. Eine Vertragsverletzung führt nämlich – auch wenn der klagenden Partei wie hier im wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen (Art. 25 UN-K) – niemals kraft Gesetzes zur Aufhebung des Vertrages (*Karollus*, a.a.O., 151; *Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Rz. 28 zu Art. 49). Die Vertragsaufhebung ist vielmehr durch

42

eine vom vertragstreuen Teil an den Vertragspartner gerichtete einseitige Erklärung geltend zu machen (*Karollus*, a.a.O., 151), die an keine bestimmte Form gebunden ist und grundsätzlich – mit Ausnahme der Fälle des Art. 49 Abs. 2 UN-K – keiner Befristung unterliegt (*Karollus*, a.a.O., 146).

Dahingestellt bleiben kann im vorliegenden Fall der Streit, ob die Aufhebungserklärung im Rahmen des Art. 49 Abs. 1 UN-K nur durch ausdrückliche Erklärung oder auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann (verneinend: *Karollus*, a.a.O., 151; bejahend: *Caemmerer/Schlechtriem*, Rz. 29 zu Art. 49). Denn selbst wenn man die konkludente Erklärung der Vertragsaufhebung für zulässig erachtet, muß zweifelsfrei erkennbar sein, daß der Käufer an dem Vertrag nicht festhalten will (LG Frankfurt a.M., RIW 1991, 952, 953). Dabei sind hohe Anforderungen an die Klarheit der gestaltenden Erklärung zu stellen (*Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 26). Daß der Kaufvertrag im vorliegenden Fall von der klagenden Partei ausdrücklich aufgehoben wurde, läßt sich den getroffenen Feststellungen der Vorinstanzen nicht entnehmen und wurde auch von der klagenden Partei nie behauptet. Auch kann eine Aufhebungserklärung nicht zweifelsfrei daraus erschlossen werden, daß die klagende Partei den beklagten Parteien eine Aufstellung des Fehlbetrages ihres Kunden übermittelt hat, sodaß im vorliegenden Fall daher nach Art. 74 UN-K nur eine Form der Schadensberechnung in Betracht kommt, die auf der Aufrechterhaltung und Durchführung des Vertrages basiert, wie etwa der Ersatz des Verspätungsschadens oder des Mangelschadens einschließlich entgangenen Gewinns als Folgeschaden (*Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Rz. 5 zu Art. 74). Ein entgangener Gewinn, den der Käufer bei gehöriger Erfüllung der Verkäuferverpflichtung durch Weiterveräußerung der Ware hätte erzielen können, ist vom Verkäufer jedoch nur dann zu ersetzen, wenn er mit der Weiterveräußerung rechnen mußte. Beim Verkauf handelbarer Ware an einen Kaufmann ist dies auch ohne Anhaltspunkte stets zu bejahen (*Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Rz. 41 zu Art. 74). Daß den beklagten Parteien klar war, daß die klagende Partei die Ware weiterveräußern werde, gesteht sie selbst zu.

Soweit der durch eine Vertragsverletzung verursachte Schaden, einschließlich des entgangenen Gewinns, durch eine angemessene Maßnahme jedoch hätte verringert werden können, ist er nicht ersatzfähig (*Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 77; *Karollus*, a.a.O., 225). Eine mögliche Maßnahme der Schadensminderung ist dann angemessen, wenn sie unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben erwartet werden durfte. Dabei ist auf das Verhalten eines verständigen Ersatzberechtigten in gleicher Lage abzustellen (*Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 77). Diese Bestimmung haben die beklagten Parteien offenbar vor Augen, wenn sie sich auf die Verletzung der Schadensminderungspflicht berufen. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß hiezu jedes konkretes Vorbringen im Verfahren fehlt. Beim Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht handelt es sich um eine anspruchsvernichtende Einwendung; es liegt an den beklagten Parteien konkret darzustellen und zu beweisen, wodurch der Kläger seine Schadensminderungspflicht verletzt hat, welches Alternativverhalten er zu setzen gehabt hätte und der Eintritt welches Schadens hiedurch verhindert worden wäre. Solche Behauptungen der beklagten Parteien liegen jedoch nicht vor. Sie haben sich im Verfahren nur allgemein auf die Verletzung der Schadensminderungspflicht berufen und erstmalig im Rechtsmittelverfahren darauf hingewiesen, daß die klagende Partei gemäß Art. 75 UN-K verpflichtet gewesen wäre, in

43

44

angemessener Zeit und innerhalb eines angemessenen Zeitraumes Deckungsgeschäfte abzuschließen. Abgesehen davon, daß neues Vorbringen im Rechtsmittelverfahren gegen das Neuerungsverbot verstößt, geben auch diese Ausführungen nur den Gesetzestext wieder, ohne eine konkrete Behauptung im obigen Sinne zu enthalten.

Auch so weit sich die beklagten Parteien gegen die stattgebende Entscheidung über das Feststellungsbegehren wenden, kommt den Ausführungen keine Berechtigung zu. Da bei dem Verkauf handelbarer Ware an eine Handelsfirma der Verkäufer auch damit rechnen muß, durch die Lieferung vertragswidriger Ware bzw. die Nichterfüllung von Lieferpflichten den Käufer seinen Abnehmern gegenüber haftbar machen kann (*Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Rz. 42 zu Art. 74), bleibt ein rechtliches Interesse der klagenden Partei an der Feststellung der Haftung der beklagten Parteien für alle sich in Zukunft aus der Vertragsverletzung ergebenden Nachteile, zumal die Möglichkeit offenbleibt, daß diese einen künftigen Schadenseintritt verursachen kann (EFSlg 55.030). Hier steht überdies noch fest, daß die klagende Partei von ihrem Lieferanten diesbezüglich bereits in Anspruch genommen wurde und dieser Anspruch Gegenstand eines anhängigen Gerichtsverfahrens ist.

45

Bei den Ausführungen des Rechtsmittels, mit denen die beklagten Parteien versuchen, ein doloses Zusammenspiel zwischen der klagenden Partei und der G[...] T[...] darzustellen, handelt es sich um bloße Mutmaßungen, für die jeder konkrete Anhaltspunkt fehlt.

46

Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

47

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.