

CISG-online 248

Jurisdiction	Switzerland
Tribunal	Handelsgericht des Kantons Zürich (Commercial Court Canton Zurich)
Date of the decision	26 April 1995
Case no./docket no.	HG 920670
Case name	<i>Floating center case</i>

Das Gericht zieht in Erwägung:

I.

1.

Am 21. Juli 1992 gingen Weisung und Rechtsbegehren bei der Einzelrichterin in Zivilsachen am Bezirksgericht Zürich ein. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. November 1992 erhob der Vertreter der Beklagten Widerklage, worauf die Einzelrichterin in Zivilsachen am Bezirksgericht Zürich – da der Streitwert Fr. 8'000.-- überstiegen hatte und die Voraussetzungen von § 62 GVG erfüllt waren – den Prozess mit Verfügung vom gleichen Tag an das Handelsgericht überwies. Der Prozess ging am 26. November 1992 hierorts ein.

2.

Am 2. Februar 1993 ging die den §§ 113 und 126 ZPO genügende Klageschrift mit dem oberwähnten Rechtsbegehren ein. Mit der Klageantwort vom 3. Mai 1993 beantragte die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend Beklagte) die Abweisung der Klage, erhob die eingangs erwähnte Widerklage und stellte formell den Antrag, es sei das vor Amtsgericht [...] laufende Beweissicherungsverfahren zur Schadensfeststellung gemäss Rechtsbegehren 3 der Widerklage durch das Handelsgericht Zürich zu übernehmen und als vorsorgliche Massnahme fortzuführen; eventuell sei ein solches Verfahren vom Handelsgericht Zürich als vorsorgliche Massnahme selbständig anzuordnen. Dieser Antrag wie auch der Eventualantrag wurden mit Beschluss vom 22. Juni 1993 abgewiesen. Nach Eingang der Klagereplik- und Widerklageantwortschrift vom 14. Juni 1993, fand am 19. Oktober 1993 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte.

Das Hauptverfahren wurde mündlich fortgesetzt. Die Hauptverhandlung fand am 7. Februar 1994 statt, anlässlich welcher die Beklagte die Duplik und die Widerklagereplik und die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend Klägerin) die Widerklageduplik erstatteten. Nachdem der Vertreter der Beklagten zu den Noven in der Widerklageduplik Stellung genommen hatte, wurde das Hauptverfahren geschlossen.

3.

Mit Schreiben vom 22. Februar 1994 teilte RA [...] mit, dass er die Beklagte nicht mehr verrete, woraufhin der Beklagten Frist angesetzt wurde, um einen Zustellungsempfänger in der

1

2

3

4

Schweiz zu nennen. Mit Schreiben vom 11. Mai 1994 wies RA [...] darauf hin, dass die Beklagte ihn als Zustellungsempfänger gemäss § 30 ZPO bestellt habe. Davon ist Vormerk zu nehmen.

4.

Am 17. Februar 1995 erging der Beweisauflagebeschluss. Während die Klägerin auf die Nennung von Gegenbeweismitteln verzichtet hat, ist seitens der Beklagten keine Beweisantretung erfolgt. Androhungsgemäss unterbleibt somit die Beweisabnahme; der Prozess ist daher spruchreif.

5

II.

1.

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, welche sogenannte «Floating Centers» verkauft und einrichtet und die Kundschaft entsprechend berät. «Gefloatet» wird in einem eiförmigen (Isolations-)Tank, welcher mit über 1'200 Liter stark salzhaltigem Wasser gefüllt ist und dem Benutzer eine «Schwerelosigkeit wie im Toten Meer» vermitteln soll. «Floaten» soll der Stressreduktion, der Behandlung chronischer Schmerzen etc. dienen.

6

Die Beklagte ist eine nach deutschem Recht organisierte GmbH mit Sitz in [...].

7

2.

Im März 1992 bestellte die Beklagte telefonisch das mit Offerte vom 3. Dezember 1991 angebotene [...] und leistete am 14. März 1992 eine erste Anzahlung über DM 20'000.--. Am 10./11. April 1992 wurde das Floatarium von der Klägerin geliefert und installiert, wobei die Beklagte eine zweite Anzahlung über DM 19'000.-- leistete. Nach erfolgter Installation stellte die Klägerin am 12. April 1992 Rechnung über insgesamt DM 42'042.80 und machte den noch ausstehenden Betrag von umgerechnet Fr. 2'784.20 geltend.

8

3.

Die Beklagte ihrerseits verlangt die Wandelung des Kaufvertrages über besagtes Floatarium wegen der Undichtigkeit der Leitungen und der mangelnden Eignung des dafür vorgesehenen Raumes; für den dadurch erlittenen Wasserschaden macht die Beklagte einen Schadenersatz in der Höhe von insgesamt DM 7'209.24 geltend. Zudem verlangt sie unter dem Titel Transportschaden den Betrag von DM 11'897.25. Durch den unsorgfältigen Transport des Floatariums in ihrem Haus seien Schäden am Treppengeländer, an Türe und Wand im erwähnten Ausmass entstanden, wofür allein die Klägerin verantwortlich sei. Schliesslich verlangt sie die im Zusammenhang mit dem Transportschaden aufgewendeten Anwaltskosten in der Höhe von DM 559.51 zurück.

9

Auf die einzelnen Ausführungen der Parteien ist – soweit erforderlich – in der Folge näher einzugehen.

10

III.

1.

a.

Die Klägerin hat ihren Sitz in der Schweiz, die Beklagte in Deutschland. Es handelt sich somit um einen Sachverhalt mit internationaler Berührung, weshalb sich die Frage nach der Zuständigkeit und dem anwendbaren Recht stellt.

11

b.

Beide Parteien leiten ihre Ansprüche – soweit ersichtlich – aus dem erwähnten Vertrag ab, welchen sie als Kaufvertrag mit untergeordneten werkvertraglichen Elementen bzw. gemischten Vertrag (Kaufvertrag im Bezug auf die Eigentumsverschaffung und im übrigen Werkvertrag) qualifizieren. Gestützt auf die eingereichten Akten ist von einem Kaufvertrag mit Montagepflicht auszugehen. Dieser Vertrag kombiniert einen Kaufvertrag über die Lieferung einer fertigen Sache (vorliegend ein Floatarium-Tank) mit einem werkvertraglichen Element, nämlich der Pflicht des Verkäufers, die Sache zu installieren (*Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, N 118). Besteht die geschuldete Montageleistung nur in einer untergeordneten «Nebenleistung», so steht einer kaufrechtlichen Qualifikation des ganzen Vertrages nichts entgegen (*Gauch*, a.a.O., N 118; *Schlupe*, SPR VII/2, S. 773 f.). Vorliegend überwiegt die Sachleistung die Dienstleistung bei weitem, was sich allein schon aus der eingereichten Rechnung ergibt. Weiter dient die Montageleistung letztlich allein dazu, die Kaufsache entsprechend nutzbar zu machen. Innerhalb der Gesamtleistung (Lieferung eines Floatarium-Tanks inkl. Installation) nimmt die Nebenleistung (Installation) nur einen untergeordneten Bereich ein.

12

c.

Sowohl Deutschland (1. Januar 1991) wie auch die Schweiz (1. März 1991) sind dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf («Wiener Kaufrecht»; CISG) beigetreten. Gemäss Art. 3 Abs. 2 CISG findet dieses Übereinkommen auf Verträge, bei denen der überwiegende Teil der Pflichten des Lieferanten in der Ausführung von Arbeiten oder Dienstleistungen besteht, keine Anwendung. Der Kauf mit Montageverpflichtung fällt in aller Regel aber ohne weiteres unter das Wiener Kaufrecht (*Honsell*, Das Übereinkommen über den internationalen Warenkauf [Wiener Kaufrecht], Plädoyer 2/1990, S. 39). Dies jedenfalls immer dann, wenn die Montageleistung eine untergeordnete Rolle spielt. Wie bereits dargelegt, aber wiegt vorliegend die Sachleistung die Dienstleistung klar; letzterer kommt nur untergeordnete Bedeutung zu. Damit kommen vorliegend die Bestimmungen des Wiener Kaufrechts zur Anwendung.

13

d.

Das Wiener Kaufrecht stellt nur materielles Recht dar, das im wesentlichen das Zustandekommen des Vertrages regelt und die Rechte und Pflichten von Verkäufer und Käufer umschreibt (*Honsell*, a.a.O., S. 38; *Walter*, Das UN-Kaufrechtsübereinkommen, in: FS Vogel, Freiburg 1991, S. 317 f.). Die Frage der örtlichen Zuständigkeit wäre somit nach dem schweizerischen Kollisionsrecht zu beurteilen. Dies erübrigt sich vorliegend aber, weil sich die Beklagte vorbehaltlos auf die Zuständigkeit des angerufenen schweizerischen Gerichts eingelassen hat (Art. 6 IPRG). In sachlicher Hinsicht ergibt sich die Zuständigkeit des Handelsgerichts aus § 62 Abs. 1 bzw. § 63 Ziff. 1 VG.

14

2.

a.

Bestellung, Lieferung des Floatariums und die oberwähnten Teilzahlungen sind unbestritten und auch der geforderte Saldo ist betragsmässig nicht strittig. Die Klage ist deshalb ohne weiteres gutzuheissen. Dies im übrigen unbesehen davon, dass die Klägerin anstelle des eigentlich geschuldeten DM-Betrages Schweizer Franken eingeklagt hat, da die Beklagte – wie gesagt – die Klage betragsmässig ausdrücklich anerkannt hat.

15

b.

Der von der Klägerin verlangte Verzugszins von 10% seit dem 30. Juni 1992 blieb unbestritten und ist ebenfalls geschuldet.

16

3.

a.

Die Beklagte stützt ihren Wandelungsanspruch im wesentlichen auf zwei Gründe: Die Anlage, insbesondere die Leitungen, seien undicht gewesen und der Raum, wo das Floatarium installiert wurde, habe sich nicht dafür geeignet.

17

b.

Art. 38 und 39 CISG regeln die Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten des Käufers (v. Caemmerer/Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 2. Aufl., München 1995, Art. 38 N 3; Tanno, Die Berechnung der Rügefrist im schweizerischen, deutschen und UN-Kaufrecht, Diss. St. Gallen 1993, S. 267). Danach hat der Käufer die Ware innert einer so kurzen Frist zu prüfen, wie es die Umstände erlauben (Art. 38 CISG). Wird sodann ein Mangel festgestellt, so hat der Käufer diesen innert einer angemessenen Frist anzuzeigen (Art. 39 Abs. 1 CISG). Der Käufer hat also für die Untersuchung der Ware eine kurze, für die entsprechende Rüge eine angemessene Frist zu beachten (v. Caemmerer/Schlechtriem, a.a.O., Art. 39 N 16 f., wonach deutsche Autoren tendenziell von einem Zeitraum von ca. 8 Tagen sprechen; primär zu berücksichtigen sind die Umstände des Einzelfalles).

18

Gemäss Art. 49 Abs. 2 lit. b CISG kann der Käufer die Aufhebung des Vertrages nur dann erklären, wenn er im Falle einer Vertragsverletzung (insbesondere Falschlieferung oder Sachmängel) innert einer angemessenen Frist rügt. Die Vertragsaufhebung ist nur zulässig, wenn der Fehler eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt (Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG). Die Frist beginnt gemäss Art. 49 Abs. 2 lit. b i) CISG in dem Zeitpunkt, in dem der Käufer die Vertragswidrigkeit erkannt hat oder erkennen musste. Der Zeitpunkt ist mit demjenigen nach Art. 39 Abs. 1 CISG identisch, für Rüge und für Vertragsaufhebung steht dem Käufer die gleiche angemessene Frist zur Verfügung. Der Käufer muss also, will er bei Vorliegen einer wesentlichen Vertragsverletzung den Vertrag aufheben, grundsätzlich mit der Rüge die Vertragsauflösung erklären (v. Caemmerer/Schlechtriem, a.a.O., Art. 49 N 45 f.).

19

c.

Vorliegend kann offenbleiben, ob die Beklagte die gelieferte und installierte Ware innert der gebotenen Frist untersucht hat oder nicht. In diesem Zusammenhang macht sie denn auch lediglich geltend, ein Mitarbeiter, [...], habe einmal die Ränder gereinigt. Dies dürfte aber als

20

Untersuchung, wie es Art. 38 CISG verlangt, kaum genügen. Immerhin geht es um eine mit stark salzhaltigem Wasser gefüllte und an Wasser angeschlossene Anlage, was eine genaue Untersuchung insbesondere der Leitungen und Dichtungen bedingt; ein einmaliges Anschauen der Anlage hätte nicht genügt. Der Einwand der Beklagten, dass der angeblich täglich kontrollierende Hauswart den Mangel nicht habe erkennen können, da (vermutlich) die Putzfrau die sich auf dem Parkett bildenden Wasserlachen regelmässig weggewischt habe, ist unbehelflich. Wenn dem so wäre, so wäre dies ein Fehlverhalten der Putzfrau, welches der Beklagten zuzurechnen wäre.

Jedenfalls hat die Beklagte – nach eigenen Angaben – am 2. Mai 1992 (oder eventuell erst am 4. Mai bzw. am 5. Mai 1992) Schäden festgestellt. Die Sekretärin, Frau [...], bemerkte in der Eingangshalle im Parterre an der Decke einen Nässefleck gleich unterhalb des Floatariums und veranlasste, dass das Gerät sofort abgeschaltet wurde. Dies allein weist im übrigen darauf hin, dass die Anlage nicht eingehend geprüft wurde, da über Nacht kaum die behaupteten Salzsichten und der Nässefleck an der Decke entstehen konnten (die Beklagte spricht denn auch von «sich auf dem Parkett bildenden Lachen»). Spätestens dann hätte die Beklagte die Anlage eingehender untersuchen und die undichten Stellen feststellen müssen. Diese wären – wie dem von der Beklagten eingereichten Gutachten zu entnehmen ist – ohne weiteres zu erkennen gewesen. Gemäss dem erwähnten Gutachten waren an vier Stellen, jeweils an den Anschlüssen des Filters, der Pumpe und an den Schlauchverbindungen Undichtigkeiten vorhanden, welche – selbst als die Anlage schon entleert war – noch eindeutig zu erkennen waren. Anschliessend hätte die Beklagte innert angemessener Frist der Klägerin Anzeige erstatten müssen (vgl. Art. 39 CISG). Die Anzeige erfolgte aber erst mit Schreiben vom 29. Mai 1992. Darin teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass aus dem Floatarium, vermutlich aus dem Schlauch zum Filter oder zur Pumpe, der offensichtlich fehlerhaft installiert worden sei, Wasser ausgetreten sei, was zu erheblichen Wasserschäden am Gebäude der Beklagten geführt habe. Im gleichen Schreiben erklärte sie Wandelung und verlangte die Rückgängigmachung des Kaufvertrages. Diese Anzeige ist – auch wenn der Schaden allenfalls erst am 5. Mai 1992 entdeckt wurde – eindeutig zu spät erfolgt. Bei einem Floatarium, bei dem einerseits salzhaltiges Wasser ausgetreten und dadurch erhebliche Wasserschäden am Gebäude entstanden waren, aber andererseits nicht feststand, wo die Anlage undicht und damit die Gefahr weiterer Wasseraustritte nicht gebannt war, ist die Anzeigefrist kurz zu bemessen. Damit hat die Beklagte ihre Rechte wegen der behaupteten Mängel verwirkt (v. *Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Art. 39 N 30). Eine Wandelung wegen der geltend gemachten Undichtigkeit kommt somit nicht in Frage.

d.

Die Beklagte behauptet zwar, sie habe die Mängel wiederholt telefonisch und rechtzeitig reklamiert, was die Klägerin wiederum bestreitet. Das Wiener Kaufrecht enthält keine speziellen Regeln über die Verteilung der Beweislast, nach den allgemeinen Grundsätzen hat aber der Käufer die Mangelhaftigkeit wie auch die Rechtzeitigkeit der Anzeige zu beweisen (*Tanno*, a.a.O., S. 290 f.; v. *Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Art. 43 N 12). Beweis wird nur über behauptete (rechtserhebliche und von der Gegenpartei bestrittene) Tatsachen abgenommen; fehlendes Vorbringen steht, wo die Verhandlungsmaxime gilt, unbewiesenem gleich (vgl. *Kummer*, Berner Kommentar, Bd. I/1, Einleitung, Bern 1962, N 39 zu Art. 8 ZGB). Dabei hat derjenige, der eine rechtserhebliche Tatsache behauptet, diese nicht nur in den Grundzügen,

21

22

sondern umfassend und klar darzulegen, damit darüber Beweis abgenommen werden kann (*Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts*, 3. Aufl., Bern 1992, S. 233). Er trägt mithin neben der Behauptungs- auch die Substantiierungslast.

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. Februar 1994 wurde der Vertreter der Beklagten diesbezüglich gefragt, wann und von wem die behauptete telefonische Reklamation erfolgt sei. Da der Vertreter der Beklagten darauf keine Antwort geben konnte, ist somit auf die bereits erwähnten schriftlichen Urkunden, insbesondere auf das Schreiben vom 29. Mai 1992 abzustellen. Dieses ist aber verspätet erfolgt, weshalb – wie bereits erwähnt – die Wandelung wegen der behaupteten Undichtigkeit nicht gegeben ist.

23

Im übrigen dürfte es sich dabei auch nicht um einen wesentlichen Mangel im Sinne von Art. 49 CISG gehandelt haben, da er gemäss der von der Beklagten eingereichten Expertise leicht hätte behoben werden können, womit es an einer weiteren Voraussetzung der Vertragsaufhebung nach Wiener Kaufrecht mangeln würde. Diese Frage kann aber – bei der oberwähnten Sachlage – offenbleiben.

24

e.

Die Beklagte macht in einem zweiten Punkt Wandelung wegen Ungeeignetheit des Raumes geltend. Der Raum sei für die Anlage denkbar ungeeignet; die Aufstellung eines Floatariums im ersten Stock eines Hauses, in einem Raum mit Parkettboden in der vorgefundenen Art und Weise, entspreche nicht dem heutigen Stand der Technik. Dafür, dass die Anlage in diesem Raum und entgegen der Regeln der Technik aufgestellt worden sei, sei allein die Klägerin verantwortlich. Zudem habe die Klägerin nicht eindringlich genug auf die notwendigen Anpassungsarbeiten hingewiesen.

25

Man könnte sich grundsätzlich fragen, ob ein allenfalls ungeeigneter Raum die Wandelung einer Anlage nach sich ziehen kann, da der angeführte Mangel ja nicht bei der Anlage selber liegt, diese durchaus funktionstüchtig ist. Vorliegend kann diese Frage aber offenbleiben, da die Beanstandung des Raumes ebenfalls zu spät erfolgt ist.

26

Diese ist aktenkundig erstmals in der Klageantwortschrift vom 3. Mai 1993 erfolgt, was offenkundig verspätet ist. Die Beklagte hätte dies schon viel früher bemerken und sodann rügen müssen. Sie kannte die Masse der Anlage und deren Funktionsweise aus dem Prospekt und der Offerte der Klägerin und seit der Installation der Anlage am 10./11. April 1992 bzw. der Rechnung vom 12. April 1992; spätestens aber seit anfangs Juni 1992 wusste sie um die Problematik des Raumes. Trotzdem hat sie der Klägerin bis am 3. Mai 1993 nie eine entsprechende Anzeige gemacht und sie auf diesen (behaupteten) «Mangel» hingewiesen. Im übrigen ist es offensichtlich, dass ein relativ kleiner Raum mit einem Parkettfussboden im ersten Stock für eine mit Wasser gefüllte Anlage kaum geeignet ist. Es braucht kein Gutachten, um das feststellen zu lassen. Immerhin war der (Haus-)Architekt bei der Installation der Anlage in besagtem Raum dabei und hätte dagegen demonstrieren müssen. Diesen Mangel erst im Prozess vorzubringen, ist in jedem Fall aber zu spät.

27

Nur am Rande sei – hinsichtlich der Wesentlichkeit des Mangels – darauf hingewiesen, dass der Raum die Anlage bzw. deren Installation und Benützung wie gesagt grundsätzlich nicht verbietet, sondern ein Vorgehen mit der notwendigen Sorgfalt (gerade auch im Hinblick auf

28

den heiklen Parkettboden) gebietet. Gemäss dem von der Beklagten eingereichten Gutachten Ostendorf wäre es ohne grosse Schwierigkeiten möglich gewesen, die Kompaktanlage ca. 2–3 m entfernt an einer anderen Stelle anzuordnen, damit die erforderlichen Reinigungs- und Wartungsarbeiten leichter vorgenommen werden könnten. Es wäre auch problemlos möglich gewesen, die gesamte Pump-, Filter-, Desinfektions- und Bestrahlungseinrichtung in eine Edelstahlwanne zu stellen, um zu verhindern, dass die austretende Flüssigkeit, die sich bei Wartungsarbeiten (z.B. Entlüftungsvorgängen) kaum verhindern lässt, auf den Parkettboden gelangt.

4.

Mit ihrem Eventualbegehren bzw. Subeventualbegehren beantragt die Beklagte sinngemäss eine Nachbesserung. Diesbezüglich gilt, was bereits gesagt wurde: Zeigt der Käufer die Vertragswidrigkeiten nicht fristgerecht dem Verkäufer an oder unterlässt er die Rüge ganz, so verliert er alle seine Rechte bezüglich dieser Vertragswidrigkeiten (v. *Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Art. 39 N 30). Da – wie gezeigt – die Beklagte zu spät gerügt hat, erweist sich auch das Eventualbegehren als unbegründet. Was die unter der gleichen Ziffer beantragte Entschädigung für «Benutzungsausfall» betrifft, so ist diese nicht genügend substantiiert. Obwohl die Beklagte anlässlich der Referentaudienz vom 19. Oktober 1993 seitens des Gerichts ausdrücklich aufgefordert wurde, die tatsächlichen Grundlagen ihres Begehrens um Zuspreehung einer Entschädigung für Benutzungsausfall darzulegen, hat sie sich zu diesem Thema in der Duplik und Widerklagereplik nicht geäussert.

29

5.

a.

Die Beklagte verlangt Schadenersatz in der Höhe von DM 7'209.24 für den erlittenen Wasserschaden.

30

b.

Auch bezüglich der Folgeschäden findet das Wiener Kaufrecht Anwendung und geht dem schweizerischen und deutschen Recht vor (v. *Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Art. 5 N 8 ff.). Nach Art. 45 Abs. 1 lit. b CISG kann der Käufer bei Verletzung der Pflichten des Verkäufers Schadenersatz nach Art. 74–77 verlangen. Diese Haftung des Verkäufers umfasst alle Fälle der Leistungsstörungen, insbesondere auch Schlechterfüllung und die eigentlichen Mangelfolgeschäden (OR-*Honsell*, Art. 209 N 11; v. *Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Art. 5 N 9). Da vorliegend das verkaufte Produkt (Floatarium) fehlerhaft bzw. fehlerhaft angeschlossen war, ist Wasser ausgeflossen, was wiederum den geltend gemachten Schaden verursacht hat. Schadenersatzansprüche wegen Sachschäden (Personenschäden sind vom Wiener Kaufrecht ausgenommen, vgl. Art. 5 CISG), die durch einen Fehler am Produkt entstanden sind, können aber nach dem Wiener Kaufrecht nur nach rechtzeitiger Rüge geltend gemacht werden (v. *Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Art. 5 N 11). Damit ist gestützt auf die oben gemachten Erwägungen (Ziff. 2.c. und d.) festzuhalten, dass die Beklagte zufolge verpasster Rügefrist auch das Recht auf den Ersatz des erlittenen Schadens verwirkt hat.

31

c.

Selbst wenn die Beklagte die Frist eingehalten hätte, so würde sich die Frage stellen, ob die Beklagte die ihr obliegenden Kontrollpflichten genügend eingehalten hat. Diese sind jedenfalls

32

mit einem einmaligen Anschauen der Anlage und dem Abwischen der Ränder nicht erfüllt. Man kann auch davon ausgehen, dass bei einer rechtzeitigen Kontrolle der Wasserausfluss bemerkt worden und ein derartiger Schaden nicht entstanden wäre, ist doch anzunehmen, dass es einige Zeit benötigt, bis ausgelaufenes Wasser durch die Decke dringen kann. Es wäre zu prüfen, ob die mangelhafte Kontrolle – die Beklagte macht selber nicht geltend, das Gerät periodisch eingehend kontrolliert zu haben – die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges bewirken und damit letztlich zum Wegfall einer Haftungsvoraussetzung führen würde. Ferner ist hinsichtlich der geltend gemachten Schadenshöhe anzumerken, dass einstweilen nur Kostenvoranschläge vorliegen und ein Kostenvoranschlag lediglich eine Eventualposition von über DM 1'500.-- beinhaltet, bezüglich welcher nicht klar ist, ob sie sich überhaupt realisieren wird. Dies alles kann aber offengelassen werden, da die Beklagte – wie gesagt – wegen der verspäteten Anzeige ihr Recht auf Schadenersatz verwirkt hat.

d.

Ein anderes Problem stellt sich in diesem Zusammenhang mit der Aktivlegitimation der Beklagten. Im Schreiben vom 29. Mai 1992 weist sie selber darauf hin, dass sie sich wegen der «Regulierung des Schadens» an ihre Versicherung gewandt habe, welche den Schaden zunächst übernehmen werde. Weiter hält die Beklagte fest, dass die Versicherung in jedem Falle bei der Klägerin Regress nehmen werde. Damit hat die Beklagte ihre Aktivlegitimation selber verneint, weshalb das Schadenersatzbegehren über DM 7'209.24 schon deshalb abzuweisen wäre. Die Beklagte hat allerdings anlässlich der Referentenaudienz vom 19. Oktober 1993 behauptet, dass die Versicherung die Übernahme des Schadens abgelehnt habe bzw. auf die Forderung nicht eingetreten sei und zum Nachweis ein Schreiben des Experten an die Versicherung eingereicht. Das erwähnte Schreiben weist aber eine klare Ablehnung der Versicherung selber nicht nach; es handelt sich vielmehr um einen Sachverständigenbericht zuhanden der Versicherung. Da damit die Aktivlegitimation der Beklagten bezüglich des geltend gemachten Wasserschadens nicht erstellt ist, wäre grundsätzlich ein Beweisverfahren darüber durchzuführen. Darauf kann aber, da das diesbezügliche Begehren wegen verspäteter Rüge abzuweisen ist, vorliegend verzichtet werden.

33

6.

a.

Ferner fordert die Beklagte Schadenersatz in der Höhe von DM 11'897.25 für Transportschäden. Durch den unsorgfältigen Transport des Floatariums im Haus der Beklagten seien Beschädigungen im Treppenhaus entstanden, nämlich am Treppengeländer, an einer Türe und an der Wand. Für den Transport bis zum Aufstellungsort sei die Klägerin verantwortlich, weshalb sie diesen Schaden zu übernehmen habe. Die Klägerin habe keine ausgebildeten Zügelmäner angestellt, sondern irgendwelche Helfer von der Strasse genommen. Bezüglich der Höhe des Schadens führt die Beklagte aus, dass das Haus komplett umgebaut und neu eingerichtet gewesen sei, als sie im November 1991 eingezogen sei. Das Treppengeländer sei vermessingt und versiegelt gewesen. Diese luxuriöse Ausstattung der Liegenschaft der Beklagten verlange, dass die Schadensbehebung im gleichen Ausmass erfolge. Die Klägerin bestreitet, die behaupteten Schäden verursacht zu haben. Es sei schon rein technisch nicht möglich, dass diese Schäden durch die weisse Plastik-Wanne entstanden seien, insbesondere sei die Türe nicht beschädigt worden, da diese vor dem Transport, um Schäden zu verhindern, entfernt worden sei. Die

34

Klägerin sei für diesen Schaden nicht verantwortlich, da er – insofern er sich überhaupt ereignet habe – nicht durch Handlungen der Klägerin verursacht worden sei. Überdies sei die Gesamtforderung über DM 11'897.25 masslos übersetzt, da die Beklagte eine Luxussanierung und nicht die Schadensbehebung plane.

b.

Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich bei den behaupteten Schäden im Treppenhaus um die Folgen einer positiven Vertragsverletzung (im Sinne der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht), oder ob es sich um einen Fall ausservertraglicher Haftung handelt. Der erste Fall würde Wiener Kaufrecht unterstehen (vgl. Art. 45 Abs. 1 lit. b CISG; v. *Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Art. 45 N 57); für den zweiten Fall käme deutsches Haftpflichtrecht zur Anwendung (Art. 133 Abs. 2 IPRG; v. *Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Art. 74 N 7). Gemäss der klägerischen Offerte verstand sich der Preis «inkl. Tank bringen und installieren»; die Klägerin hat somit die Installation der Anlage übernommen und damit auch den Transport an denjenigen Ort, wo die Anlage letztlich aufzustellen war. Offenbar ging auch die Klägerin davon aus, dass Transport, Aufstellen der Anlage und Installation vertragliche Nebenpflichten waren, die von ihr im Zusammenhang mit der Lieferung des Floatariums zu leisten waren. Die behaupteten Schäden sind – wie die Beklagte behauptet – im Zusammenhang mit dem Transport des Floatariums im Haus und damit in Verletzung der klägerischen Pflicht entstanden, die Anlage ohne Schädigung der Beklagten aufzustellen und zu installieren. Es handelt sich somit um eine positive Vertragsverletzung, deren Folgen sich nach dem Wiener Kaufrecht richten.

c.

Vorauszuschicken ist, dass die Beklagte den geltend gemachten Transportschaden unbestrittenemassen noch am gleichen Tag, sodann mit Schreiben vom 4. Mai 1992 und damit rechtzeitig gerügt hat.

d.

Das Wiener Kaufrecht geht von einem einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung aus. Daraus ergibt sich, dass es für die Schadenersatzverpflichtung des Verkäufers unerheblich ist, welcher Pflichtverletzung (Haupt- oder Nebenpflicht) er sich schuldig gemacht hat (*Ryffel*, Die Schadenersatzhaftung des Verkäufers nach dem Wiener Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980, Diss. Zürich 1992, S. 26; *Honsell*, a.a.O., S. 41). Im Gegensatz zur weiter oben behandelten Vertragsaufhebung ist der Anspruch auf Schadenersatz nicht von der «Qualität» der Vertragsverletzung abhängig. Jede Art von Vertragsverletzung, gleich welcher Intensität, lädt den Verkäufer schadenersatzpflichtig werden (*Ryffel*, a.a.O., S. 13; *Weber*, Vertragsverletzungsfolgen, in: Wiener Kaufrecht, BTJP, Bern 1991, S. 193).

Art. 45 CISG begründet das Recht des Käufers, Schadenersatz zu verlangen, wenn der Verkäufer seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllt; Inhalt und Umfang des Schadenersatzes wiederum sind in Art. 74–77 CISG geregelt. Das Übereinkommen geht von einem System der gesetzlichen Garantiehafteung aus. Grundlage für eine Haftung ist alleine der Umstand, dass die übernommene Verpflichtung nicht richtig erfüllt worden ist. Weitere Voraussetzungen – insbesondere ein Verschulden des Verkäufers – sind nicht verlangt (v. *Caemmerer/Schlechtriem*, a.a.O., Art. 45 N 37; *Weber*, a.a.O., S. 166; *Ryffel*, a.a.O., S. 37). Als Einschränkung für diese strenge

35

36

37

38

objektive Ersatzpflicht dient dem vertragsbrüchigen Verkäufer die in Art. 79 CISG eingeräumte Entlastungsmöglichkeit. Diese ist gegeben, wenn die Verwirklichung des Risikos ausserhalb des Einflussbereiches der vertragsbrüchigen Partei liegt, d.h. im Falle mangelnder Beherrschbarkeit des Risikos (*Weber, a.a.O., S. 166; v. Caemmerer/Schlechtriem, a.a.O., Art. 79 N 6*). Im Gegensatz zum schweizerischen Recht genügt nach dem Wiener Kaufrecht bezüglich der Schadenszurechnung der natürliche Kausalzusammenhang. Als Korrelat dient diesbezüglich die in Art. 74 Satz 2 CISG erwähnte Voraussehbarkeitsregel, wonach der Schadenersatz den Betrag nicht übersteigen darf, den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen musste, hätte voraussehen müssen (Art. 74 Satz 2 CISG; *Weber, a.a.O., S. 198 f.; v. Caemmerer/Schlechtriem, a.a.O., Art. 74 N 1 ff.; Ryffel, a.a.O., S. 54 ff.*). Die verschuldensunabhängige Garantiehaftung wird somit umfangmässig beschränkt (*Weber, a.a.O., S. 198*). Die Garantiehaftung des Schuldners bis zur Grenze des nicht beherrschbaren Risikos gemäss Art. 79 CISG und die Voraussehbarkeitsregel nach Art. 74 Satz 2 CISG korrespondieren und dienen dem Prinzip der Haftungsbegrenzung nach Massgabe des von den Parteien mit dem Vertrag übernommenen Risikos (*v. Caemmerer/Schlechtriem, a.a.O., Art. 74 N 4*).

e.

Wie im schweizerischen Recht trägt auch nach Wiener Kaufrecht der geschädigte Käufer die Beweislast für die objektiven Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches. Er hat demnach den Schaden und den Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden sowie die Voraussehbarkeit des Schadens im Sinne von Art. 74 Satz 2 CISG nachzuweisen (*Ryffel, a.a.O., S. 60; Weber, a.a.O., S. 204*).

39

f.

Umstritten ist zunächst der Schaden an sich. Die Klägerin bestreitet den Schaden, weshalb die Beklagte diesen zu beweisen hat. Bestritten wird aber auch, dass der allenfalls vorhandene Schaden durch den Transport des Floatarium verursacht worden ist, mithin also der Kausalzusammenhang. Mit Beschluss vom 17. Februar 1995 wurde deshalb die Beklagte aufgefordert, den geltend gemachten Schaden und den entsprechenden Kausalzusammenhang zu beweisen bzw. ihre Beweismittel dazu zu nennen. Dieser Aufforderung ist die Beklagte innert Frist nicht nachgekommen; androhungsgemäss unterbleibt die Beweisabnahme zu ihrem Nachteil. Damit bleiben aber der behauptete Schaden und der Kausalzusammenhang unbewiesen. Die Widerklage ist somit auch bezüglich dem geltend gemachten Transportschäden abzuweisen.

40

7.

Schliesslich macht die Beklagte Anwaltskosten in der Höhe von DM 559.51 geltend, die sie im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Transportschadens durch Rechtsanwalt Roggenwald bezahlt habe. Sofern der Betrag ausgewiesen und die Intervention des Anwalts notwendig gewesen ist, würden diese Kosten das Schicksal der Reparaturkosten teilen, wobei sie im Rahmen der Prozessentschädigung (bezogen ausschliesslich auf das Obsiegen/Unterliegen hinsichtlich der geforderten DM 11'897.15) als vorprozessuale Anwaltskosten zuzusprechen wären (*Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1982, N 2 zu § 69 ZPO; vgl. zur ganzen Problematik: Gauch, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, S. 189 ff.*). Da die Beklagte – wie gesehen – im Bezug auf den geltend gemachten Transportschaden vollumfänglich unterliegt, hat sie die in diesem

41

Zusammenhang geforderten Anwaltskosten von DM 559.51 selber zu tragen. Auch diesbezüglich ist die Widerklage somit abzuweisen.

IV.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO). Angesichts des komplexen, mehrschichtigen Aktenmaterials und dem Bezug zum internationalen Recht, rechtfertigt es sich, die Grundgebühr entsprechend zu erhöhen. Bei der Festsetzung der Gerichtskosten ist zudem das Verfahren vor der Einzelrichterin in Zivilsachen am Bezirksgericht Zürich zu berücksichtigen.

42

Demgemäss erkennt das Gericht:

43

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 2'784.20 nebst Zins zu 10% seit 30. Juni 1992 zu bezahlen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 7'000.--; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 841.-- Schreibgebühren
Fr. 240.-- Vorladungen
Fr. 414.-- Zustellungen.
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- (Mehrwertsteuer ab 1995 inbegriffen) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbescheinigung.
7. Gegen diesen Entscheid kann
 - a) innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich, durch eine dem Par. 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;
 - b) innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Handelsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich, wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.