

CISG-online 351

Arbitral Tribunal	Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien (Arbitral Tribunal of the Exchange for Agricultural Products in Vienna)
Seat of the arbitration	Vienna (Austria)
Date of the decision	10 December 1997
Case no./docket no.	S 2/97
Case name	<i>Austrian summer malting barley case</i>

I. Unbestritten steht folgender Sachverhalt fest:

Mit den Verkaufskontrakten Nr. 9604394 (Beilage ./B) und Nr. 9700093 (Beilage ./A) vom 16.1.1997 verkaufte die klagende Partei der beklagten Partei insgesamt 6.300.000 kg österreichische Sommerbraugerste Ernte 1996, sortenreine Maresi, lose per TADS-Waggons zum Preis von S 225,- per 100 kg (bezüglich der aus dem Kontrakt Beilage ./A in den Monaten März bis Juni 1997 zu liefernden Menge von 4.800 to sollte sich der Preis auf der „Basis Erstattung von ECU 28,99“ entsprechend pro/contra ändern) zu den Terminen Jänner/Feber 1997 bezüglich der Menge von 1.500.000 kg (Kontrakt Beilage ./B) bzw März–Juni 1997 bezüglich der Menge von 4.800.000 kg (Kontrakt Beilage ./A), jeweils nach Disposition der Käuferin mit Gewichtsverrechnung „laut Frachtbrief bei Abgang final“ und Parität „DAF Lichkov-Miedzylesie bzw. Zebrzydowice“. Hinsichtlich der Qualität der Ware war vereinbart: „Gesund, handelsüblich, mind. 90% über 2,5 mm, max. 15% Feuchtigkeit, Keimfähigkeit mind. 95%, Besatz max. 29%, Eiweiß Basis 11,5% max. 12%, Qualität final lt. SGS-Zertifikat“.

1

Beiden Kontrakten wurden die Usancen der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien und die jeweils auf der Rückseite abgedruckten „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ der Verkäuferin zugrunde gelegt, die in ihrem Punkt 11. die Anwendung österreichischen Rechts vorsehen. Für den Streitfall haben sich die beiden Vertragspartner der Entscheidung des Schiedsgerichtes der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien unterworfen (laut Einleitungssatz des Kontrakttextes). In ihrem Punkt 4. lauten die AGB der Verkäuferin: „Die Zurückhaltung und Gegenverrechnung von fälligen Forderungen wegen von uns nicht ausdrücklich und schriftlich anerkannten Gegenansprüchen unseres Vertragspartners ist nicht statthaft, auch nicht aus dem Titel der Gewährleistung“. Punkt 9. dieser AGB lautet: „Gewährleistung und Haftung: Falls die Ware den Kontraktbedingungen nicht entspricht, ist dieselbe mit dem vom zuständigen Schiedsgericht zu bestimmenden Minderwert zu übernehmen. Im Falle der Unverwendbarkeit der Ware ist diese gegen Gutbringung des Kaufpreises vom Verkäufer zurückzunehmen.“

2

Die Zahlung sollte per unwiderruflichem und bestätigtem Akkreditiv über jeweils 500 Tonnen erfolgen.

Die klagende Partei hat der beklagten Partei im Jänner d.J. 200 Tonnen und im Feber d.J. weitere 300 Tonnen Sommerbraugerste geliefert und dafür das Bankakkreditiv in Anspruch genommen. 3

II. Klagevorbringen:

Die klagende Partei behauptet in ihrer am 28.4.1997 eingebrachten Klage, daß die beklagte Partei die weitere Abnahme der gekauften Sommerbraugerste mit der unrichtigen Begründung, die Qualität der Ware sei mangelhaft, abgelehnt und schließlich mit Schreiben vom 7.4.1997 (Beilage ./C) ihren „Verzicht“ („auf irgendwelche Lieferungen“) erklärt habe. Die Qualitätsbemängelung sei jedoch verfristet und deshalb zurückgewiesen worden. Wegen des Vertragsbruches durch die beklagte Partei sei rechtzeitig protestiert worden (Beilagen ./D und ./E). Die beklagte Partei unternehme lediglich den Versuch, mit ihrer Bemängelung der Ware eine Preisherabsetzung hinsichtlich der noch nicht gelieferten Mengen zu erzielen, weil sie die Möglichkeit gesehen habe, sich bei dritter Seite um den Preis von S 2.100,- per Tonne einzudecken; diesen Preis schlage sie auch der klagenden Partei vertragskorrigierend vor. Die Haltlosigkeit der Qualitätsbemängelung durch die beklagte Partei ergebe sich aus den Zertifikaten der SGS Austria Controll-Co GesmbH vom 28.1.1997 (Beilagen ./G und ./H) und vom 24.2.1997 (Beilage ./I) sowie dem Untersuchungsbericht des Österreichischen Getränke-Instituts vom 3.4.1997 (Beilage ./J). In einem Gespräch der Parteien am 16.4.1997 habe die beklagte Partei erklärt, es sich noch überlegen zu wollen, ob sie die noch nicht gelieferte Ware abnehmen werde, aber mit Schreiben vom 21.4.1997 (Beilage ./F) habe sie erklärt, sich nicht länger an den Vertrag gebunden zu erachten. Aus Gründen „äußerster Vorsicht“ trete die klagende Partei vom Vertrag zurück. Wegen des Vertragsbruches durch die beklagte Partei sei die klagende Partei berechtigt, von der beklagten Partei Schadenersatz im Sinne der Usancen der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien (§§ 50 ff.) gemäß der als Beilage ./K vorgelegten „Gewinnentgangermittlung“ in der folgenden Zusammenfassung zu begehren:

[...]

Dazu werde auf die Beilagen ./K und T 1–T 18 verwiesen. Hilfsweise beruft sich die klagende Partei auf die Festsetzung ihres Schadenersatzanspruches gemäß § 51 Abs. 2 lit. d der „Usancen“. 5

Ihr Schaden betrage zumindest S 711.256,-, den ihr die beklagte Partei samt 10% Zinsen seit 1.5.1997 zu ersetzen schuldig sei.

Das Zinsenbegehren gründe sich der Höhe nach auf Punkt 5. der AGB, der das Zinsmaß mit mindestens 5% über dem jeweiligen Nationalbank-Zinsfuß festlegt.

III. Beklagtenvorbringen:

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und brachte folgendes vor: 6

Sie habe bereits vor dem Abschluß der Kontrakte der klagenden Partei mitgeteilt, daß die gesendeten Warenmuster nicht den vorgesehenen Vertragsbedingungen entsprächen. Die klagende Partei habe aber versichert, daß die Qualität der zur Lieferung gelangenden Ware den Vertragsbedingungen entsprechen werde. Tatsächlich habe die dann gelieferte Gerste nicht der vereinbarten Qualität entsprochen. Die beklagte Partei habe infolge der

Qualitätsmängel der Braugerste Kunden, für die diese Ware bestimmt gewesen sei, verloren und habe nur aus diesem Grunde das Begehren auf Preisreduktion an die klagende Partei gerichtet. Um einen Kunden, der die mangelhafte Ware, die von der klagenden Partei geliefert worden sei, nicht genommen habe, nicht zu verlieren, habe die beklagte Partei von der RWA in Österreich 100 Tonnen Braugerste gekauft. Die Qualitätsmängel seien unverzüglich der klagenden Partei bekanntgegeben und beanstandet worden. Obwohl die klagende Partei aufgefordert worden sei, uzw fernschriftlich und telefonisch, eine Person zum Entladebahnhof in Polen zu entsenden, um bei der Entnahme von Warenproben dabei zu sein, sei niemand dorthin von der klagenden Partei entsendet worden. Deshalb habe die beklagte Partei die Warenuntersuchung durch eine eigens dazu beordnete Person vornehmen lassen. Es habe sich um Frau Jolanta Witkowska gehandelt, die als Musterzieherin für das polnische Institut PISiPAR agiert. Diese habe am 4.3.1997 am Bahnhof Strzegom von der Braugerste, die die klagende Partei geliefert habe, Muster gezogen. Das Analyseergebnis sei in der Beilage ./30 vom Laboratorium der Zentralinspektion für Standardisierung dargestellt. Die klagende Partei habe auf die rechtzeitige Mängelanzeige der beklagten Partei nicht richtig reagiert; diesbezüglich verweise die beklagte Partei auf die §§ 56a und 56b der Usancen der Wiener Produktenbörse. Sie selbst habe im Sinne dieser Vorschrift gehandelt, indem sie eigene Sachverständige beigezogen habe.

Die beklagte Partei habe aus der Mangelhaftigkeit der gelieferten Braugerste finanzielle Verluste erlitten, denn sie habe die erste Lieferung von 300 Tonnen mit einem Verlust von S 19.200,- und die zweite Lieferung von 200 Tonnen mit einem Verlust von S 23.400,- weiterverkaufen müssen und habe aus den unterbliebenen weiteren Lieferungen einen Verdienstentgang von S 846.800,- erlitten. Ihr Gesamtschaden betrage somit S 889.400,- und dieser werde gegen die Klageforderung geltend gemacht.

7

IV. Entgegnung der klagenden Partei:

Die klagende Partei bestritt die Richtigkeit des Vorbringens der beklagten Partei, soweit dieses mit dem Klagevorbringen im Widerspruch stehe, und berief sich bezüglich der geltend gemachten Gegenforderungen auf Punkt 4. ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Aufrechnungsschluß).

8

[...]

VI. Auf den Streitfall anzuwendendes materielles Recht:

In der den Vertragstext einleitenden Klausel beider Kontrakte werden die „Usancen der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien“ sowie „die nachstehenden und umseitigen Bedingungen“ als Grundlagen der Verträge angeführt und Punkt 11. der auf der Rückseite der Kontrakte abgedruckten „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ der klagenden Partei legt unter dem Titel „Gerichtsbarkeit“ fest, daß das als zuständig vereinbarte Schiedsgericht „das österreichische Recht anzuwenden hat“. Es liegt somit eine Rechtswahl-Vereinbarung der Vertragsparteien bezüglich des auf ihr Vertragsverhältnis anzuwendenden Schuldrechtes vor („Schuldstatut“, vgl. *Schwimann* in Rummel, ABGB², Rz. 2 vor § 35 IPRG), die nach herrschender Ansicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen – die Unterwerfung des Vertragspartners vorausgesetzt, die hier gegeben ist – wirksam geschehen kann (*Schwimann*, aaO Rz. zu § 35 IPRG), und in Anbetracht der Auslandsbeziehung der Verkaufskontrakte (= die

9

beklagte Partei als Käuferin hat in Polen ihre Niederlassung im Sinne des § 36 IPRG) im Sinne des § 35 Abs. 1 IPRG zur Anwendung des österr. materiellen Rechtes auf diesen Streitfall führt; ein Ergebnis, das ohne diese Vereinbarung auch nach § 36 IPRG herbeigeführt worden wäre, weil nach dieser Norm bei Kaufverträgen das Sachrecht des Staates, in dem der Verkäufer als Schuldner der „charakteristischen Leistung“ aus dem Vertrag seine Niederlassung hat, maßgebend ist und die klagende Partei ihren Sitz in Österreich hat. Sowohl Österreich als auch Polen sind Vertragsstaaten des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkehr (UN-Kaufrecht, auch „Wiener Kaufrecht“ genannt), das am 11.4.1980 in Kraft getreten ist. Es trat für Österreich am 1.1.1989 und für Polen am 1.6.1996 in Wirksamkeit und gilt für Warenkaufverträge zwischen Parteien, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wenn diese Staaten Vertragsstaaten des UN-Kaufrechtes sind oder wenn die Regeln des internationalen Privatrechtes zur Anwendung des Rechtes eines Vertragsstaates führen (Art. 1 des Übereinkommens).

Im vorliegenden Fall ist schon durch diese „autonome Anknüpfung“ der Vertragsstaateneigenschaft der Niederlassungsländer der Vertragsparteien (Österreich und Polen) gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a des Übereinkommens sein Geltungsbereich für den vorliegenden Rechtsfall bestimmt, aber es liegt auch die sonst subsidiäre mittelbare Anknüpfung („Vorschaltlösung“ gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b) vor, weil nach dem maßgeblichen österreichischen Internationalen Privatrecht (IPRG) dieses Übereinkommen anzuwenden ist, wie bereits dargelegt wurde, und zum maßgeblichen österreichischen Sachrecht gehört unzweifelhaft auch das Recht des UN-Kaufrechtsübereinkommens. Die Formulierung in Punkt 11. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der klagenden Partei, daß „das österreichische Recht anzuwenden“ ist, schließt demnach auch das UN-Kaufrecht ein. Eine nach Art. 6 UN-Kaufrecht zulässige gänzliche Ausschließung der Geltung des UN-Kaufrechtes liegt nicht vor, so daß dieses im vorliegenden Rechtsfall insoweit anzuwenden ist, als nicht damit in Widerspruch stehende individuelle, d.h. von den Parteien „ausgehandelte“, und generelle, d.h. in den AGB der klagenden Partei festgelegte, sowie Regelungen der ausdrücklich in die beiden Kontrakte einbezogenen „Usancen“ (Bestimmungen für den Geschäftsverkehr an der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien) vorhanden sind. Diese Frage wird, soweit es für die Entscheidung des Streitfalles notwendig ist, im folgenden vom Schiedsgericht noch beantwortet werden.

10

VII. Darlegung und Beantwortung der für die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit erheblichen konkreten Rechtsfragen:

1.

Gegenstand der Klage ist ein Schadenersatzanspruch der klagenden Partei gegen die beklagte Partei, der auf „Vertragsbruch“ im Sinne der §§ 50 ff. der „Usancen“ der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien durch die beklagte Partei in zweifacher Hinsicht gegründet wurde: Nach erfolgter Lieferung von zwei Teilmengen Braugerste im Gesamtgewicht von 500 Tonnen hat, wie unbestritten feststeht, die beklagte Partei mit der Begründung, die gelieferte Ware sei mangelhaft, die Abnahme weiterer Warenlieferungen abgelehnt und ihren „Verzicht“ auf weitere Lieferungen erklärt; es hat aber auch die klagende Partei nach Protesterhebung gemäß § 50 Abs. 1 und Abs. 2 der „Usancen“ und Setzung einer Nachfrist zur Vertragserfüllung von 8 Tagen (§ 51 Z 1 der „Usancen“) schließlich infolge des „Verzichts“ der beklagten Partei auf weitere Warenlieferungen „aus Gründen äußerster Vorsicht“ den Rücktritt vom Vertrag ausgesprochen.

11

1.1

12

Bei dieser Sachlage ist zunächst zu prüfen, ob die beklagte Partei als Käuferin der Braugerste nach dem auf die beiden Kaufverträge anzuwendenden Recht wegen der von ihr behaupteten qualitativen Mangelhaftigkeit der bereits gelieferten Teilmengen von insgesamt 500 Tonnen der Ware im Falle der Richtigkeit ihrer Bemängelung das Recht zur Aufhebung des Vertrages hinsichtlich der noch nicht zur Lieferung gelangten und zum Großteil auch noch gar nicht zum Abruf und zur Annahme gestandenen weiteren Teilmengen hatte.

1.2

13

Weder der ausgehandelte Vertragstext noch die „Usancen“ geben auf diese Frage eine Antwort, so daß das UN-Kaufrecht mit seinen diesbezüglichen Regelungen heranzuziehen ist. Solche sind in den Art. 72 und 73 enthalten, die beide den antizipierten (d.h. vorweggenommenen) Vertragsbruch als Vertragsaufhebungsgrund vorsehen, wobei Art. 73 spezifisch für Sukzessivlieferungsverträge die Vertragsaufhebung wegen Besorgnis einer künftigen wesentlichen Vertragsverletzung bei den noch nicht erbrachten Teillieferungen wegen einer schon geschehenen wesentlichen Vertragsverletzung bei bereits erbrachten Teillieferungen als Prognosegrundlage ermöglicht. Die beiden Kontrakte der Parteien bilden nach Ansicht des Schiedsgerichtes wirtschaftlich insofern eine Einheit, als sie die sukzessive Lieferung qualitativ völlig gleichartiger Ware in Teilmengen im Zeitraum vom Jänner bis Juni 1997 unter gleichen rechtlichen Bedingungen – bei geringfügig abweichenden Zahlungskonditionen – vorsehen und am selben Tag vereinbart wurden. Es ist daher angezeigt, diese beiden Kontrakte als vertragliche Einheit anzusehen, die in Wahrheit eine Gesamtmenge an Braugerste als Kaufobjekt erfaßt, und sie deshalb in bezug auf die noch nicht zur Lieferung gelangten Teilmengen der für Sukzessivlieferungsverträge im Sinne des Art. 73 UN-Kaufrecht getroffenen Regelung zu unterstellen.

Art. 73 Abs. 2 UN-Kaufrecht lautet:

14

„Gibt die Nichterfüllung einer eine Teillieferung betreffende Pflicht durch eine der Parteien der anderen Partei triftigen Grund zu der Annahme, daß eine wesentliche Vertragsverletzung in bezug auf künftige Teillieferungen zu erwarten ist, so kann die andere Partei innerhalb angemessener Frist die Aufhebung des Vertrages für die Zukunft erklären.“

Sollte, wie die beklagte Partei behauptete, der bereits gelieferten Braugerste tatsächlich eine vertragswidrige Mangelhaftigkeit in bezug auf ihre Qualität angehaftet haben, dann müßte dies der klagenden Partei als eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne der Begriffsbestimmung des Art. 25 UN-Kaufrecht zugerechnet werden, weil dann der beklagten Partei im wesentlichen das entgangen ist, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, nämlich Braugerste in der vereinbarten Qualität. Eine solche Pflichtverletzung, wenn sie als erwiesen angenommen werden sollte, konnte nach Ansicht des Schiedsgerichtes insb in Hinblick darauf, daß sie bei zwei Teillieferungen vorgelegen sein soll, und dennoch von der Verkäuferin die Besorgnis der Käuferin, der bereits erwiesene Mangel bei den schon erfolgten Teillieferungen werde auch den weiteren Teillieferungen anhaften, nicht durch ausreichende Erklärungen und Maßnahmen mit entsprechender Wahrscheinlichkeit entkräftet wurde, einen „triftigen Grund zu der Annahme“, daß auch den künftigen Teillieferungen gleiche oder doch im wesentlichen gleichartige Qualitätsmängel anhaften werden, für die beklagte Partei geben. An den Grad der Wahrscheinlichkeit, mit dem gleiche wesentliche

15

Vertragsverletzungen bei künftigen Teillieferungen nach den bisherigen Pflichtverletzungen zu erwarten sind, ist nach überwiegender Auffassung in der Literatur zum UN-Kaufrecht ein geringer strenger Maßstab anzulegen, als er für den Fall des Art. 72 UN-Kaufrecht gefordert wird (*Honsell*, Rz. 50 zu Art. 73), der den vorweggenommenen Vertragsbruch bei anderen als Sukzessivlieferungsverträgen regelt. Dazu werden im allgemeinen eine „naheliegende Annahme“ oder „plausible Gründe“ angeführt, vereinzelt wird aber auch die Ansicht vertreten, daß die künftige Vertragsverletzung „sicher zu erwarten sein“ müsse (vgl. im einzelnen die bei *Honsell* aaO in Rz. 50 angeführten Nachweise).

Honsell (aaO Rz. 51) ist der Meinung, der Begriff „triftiger Grund“ setze den geringsten Grad an Wahrscheinlichkeit für die Annahme einer künftigen Vertragsverletzung voraus, es genüge, wenn aufgrund der festgestellten Ursachen mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ der Eintritt eines Erfüllungsmangels bei den künftigen Teillieferungen anzunehmen sei. Dieser Ansicht ist auch das erkennende Schiedsgericht, das dabei auf die regelmäßig infolge bereits geschehener Schlechtlieferungen beim Käufer eingetretene Beeinträchtigung des Vertrauens auf korrekte Vertragserfüllung durch den Verkäufer Bedacht nimmt, dessen Aufgabe es wäre, durch ausreichende Erklärungen und Maßnahmen diese Besorgnisse seines Vertragspartners mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu entkräften, wie zum Beispiel durch den Nachweis, daß die künftig zu liefernde Ware aus einer anderen Quelle (anderer Produzent, anderer Händler, andere Silofüllung etc.) stammen werde, so daß gleiche Mängel dann nicht zu befürchten sind.

16

Die Behauptungs- und Beweislast für jene Tatsachen, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf die Annahme künftiger wesentlicher Vertragsverletzungen bei den weiteren Teillieferungen schließen lassen („triftiger Grund“), trifft nach allgemeinen Regeln den, der sich auf diesen Tatbestand als Vertragsaufhebungsgrund beruft; im vorliegenden Fall also die beklagte Partei als Käuferin.

17

Sache der klagenden Partei als Verkäuferin wäre es dann, jene Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, die diese Annahme, also die bescheinigte Prognosegrundlage, widerlegt.

1.3

In diesem Zusammenhang hat sich das Schiedsgericht auch mit der Rechtsfrage auseinander zu setzen, ob allenfalls – wie dies offenbar die klagende Partei mit ihrem Einwand der Verfristung der Qualitätsbemängelung der bereits gelieferten Teilmengen der Ware ausdrücken will – die im UN-Kaufrecht in den Art. 39 und 43 Abs. 1 vorgesehenen Rechtsfolgen der Unterlassung rechtzeitiger Mängelrüge für die beklagte Partei als Käuferin auch den Verlust des Rechtes, Vertragsaufhebung bezüglich der noch nicht gelieferten Teilmengen der Ware gemäß Art. 73 Abs. 2 UN-Kaufrecht zu begehren, erfassen.

18

Das Schiedsgericht ist dabei zu folgendem Ergebnis gelangt: Art. 43 Abs. 1 UN-Kaufrecht kann diese Annahme schon deshalb nicht unterstellt werden, weil er ausschließlich auf die Art. 41 (Freiheit der Ware von Rechtsmängeln) und 42 (Freiheit der Ware von gewerblichen Schutzrechten Dritter) abgestellt ist und dem Käufer nur die Berufung auf diese Artikel abschneidet.

19

Der allgemein und ohne individuelle Spezifizierung den Verlust des Rechtes des Käufers, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, aussprechende Art. 39 Abs. 1 UN-Kaufrecht

20

(dessen Abs. 2 kommt hier mangels Verstreichen der dort bestimmten Frist von 2 Jahren nicht in Betracht) bezieht sich nur auf die konkret bemängelte Warenlieferung selbst, also bei Sukzessivlieferungsverträgen auf die jeweils bemängelte Teillieferung, und erfaßt ausschließlich die diesbezüglich vorgesehenen Rechtsfolgen, nämlich das Recht auf Ersatzlieferung oder Nachbesserung (Art. 46 Abs. 2 und 3), das Recht auf Minderung (Art. 50), das Recht auf Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 und das Recht auf Schadenersatz (Art. 45 Abs. 1 lit. b), nicht aber auch das Recht, Vertragsaufhebung nach Art. 72 Abs. 2 hinsichtlich der noch nicht gelieferten weiteren Teilmengen zu begehren, wenn sich der Käufer zur Begründung seines darauf gestützten Aufhebungsbegehrens auf die – wenngleich verfristet gerügte – Mangelhaftigkeit vorangegangener Teillieferungen als Indiz für seine prognostische Annahme, auch die noch nicht gelieferten weiteren Teilmengen werden gleiche Mängel aufweisen, beruft. Mit anderen Worten: dieses Recht wird dem Käufer nicht durch die Unterlassung der fristgerechten Mängelrüge bezüglich schon gelieferter Teilmengen vom UN-Kaufrecht verwehrt.

1.4

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, daß der beklagten Partei die Inanspruchnahme des Rechtsbehelfes, Vertragsaufhebung hinsichtlich der noch nicht zur Lieferung gelangten Teilmengen der von ihr bei der klagenden Partei gekauften Braugerste zu begehren, nicht verwehrt ist.

21

1.5

Die Beantwortung der rechtserheblichen Tatsachenfrage, ob die von der klagenden Partei schon gelieferten Teilmengen Braugerste qualitativ der Vereinbarung entsprachen oder mangelhaft waren, ist vom Ausgang des Beweisverfahrens abhängig. Es kann nämlich nicht gesagt werden, daß der auf die bedungene Warenqualität bezogene Vertragsklausel: „final It SGS-Zertifikat“, die Rechtswirkung eines Ausschlusses des Gegenbeweises durch den Käufer der Ware zukommt, wie dem diesbezüglichen Vorbringen der klagenden Partei entnommen werden kann. Vielmehr ist dadurch nach Ansicht des Schiedsgerichtes lediglich die Behauptungs- und Beweislast insofern auf die Käuferin der Ware verschoben, als sie die Unrichtigkeit dieses Zertifikats der SGS Austria Controll-Co GmbH zu behaupten und auch zu beweisen hat. Es soll zwar nicht außer acht gelassen werden, daß die beklagte Partei in diesem Rechtstreit im Zuge der mündlichen Verhandlung über die Klage am 16. September 1997 erklärt hat (Seite 4 des Protokolls vom 16.9.1997, ON 13), „daß sie nicht die Richtigkeit der von der klagenden Partei vorgelegten Zertifikate (Beilagen ./G, ./H und ./I) bestreite, sondern behaupte, daß die Qualität der Ware im Zeitpunkt ihres Einlangens bei der beklagten Partei nicht einwandfrei gewesen ist“. Das Schiedsgericht hat deshalb zunächst angenommen, die beklagte Partei behaupte Mängel, die erst nach dem Gefahrenübergang am Transport zum Bestimmungsort an der Ware eingetreten seien (Art. 68 UN-Kaufrecht). Erst aus der Korrespondenz der Parteien aus der Zeit vor Beginn des Rechtstreites und aus den von der beklagten Partei vorgelegten Urkunden, insb jenen, die polnische Untersuchungsergebnisse deklarieren (Beilagen ./21–29), ergab sich, daß in Wahrheit ausschließlich solche Mängel behauptet werden, die der Ware schon zur Zeit ihrer Absendung angehaftet haben müßten, wenn sie als erwiesen angenommen werden sollten. Deshalb wurde das Beweisverfahren über die Qualität der Ware zu dem Zweck zugelassen, der beklagten Partei den Beweis der Unrichtigkeit der vorhandenen Zertifikate der SGS Austria Controll-Co GmbH, die bereits zur Auslieferung gelangten Teilmengen von insgesamt 500 Tonnen Braugerste betreffend, Beilage ./G, ./H und ./I, zu ermöglichen. Um die Korrektheit der Stichprobenentnahmen aus den

22

gelieferten Teilmengen und deren Testung durch die SGS Austria Controll-Co GmbH zu überprüfen, hat das Schiedsgericht amtswegig die damit befaßten Inspektoren Erich T. und Maria P. sowie die in der Qualitätskontrolle dieses Instituts beschäftigte Angestellte Rosemarie K. als Zeugen vernommen. Die daraus gewonnenen Beweisergebnisse werden noch dargelegt werden.

1.6

Für den Fall, daß der beklagten Partei nicht der Beweis für die Unrichtigkeit der Qualitäts-Zertifikate gelungen sein sollte, so daß sie nicht das Recht gehabt hätte, gemäß Art. 73 Abs. 2 UN-Kaufrecht Vertragsaufhebung zu begehren, wäre zu prüfen, ob der klagenden Partei wegen der Verweigerung der beklagten Partei, die gekaufte Ware zu übernehmen, das Recht zugestanden ist, Vertragsaufhebung zu verlangen; sie hatte ja, wie bereits oben dargelegt wurde, schon in der Klage aus diesem Grunde – den sie als „Vertragsbruch“ im Sinne der „Usancen“ qualifizierte – („aus Gründen äußerster Vorsicht“) den Rücktritt vom Vertrag erklärt.

Weder die Kontrakte der Parteien, einschließlich der AGB der klagenden Partei, noch die „Usancen“ der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien sehen für den Fall der Annahmeverweigerung des Käufers für den Verkäufer das Recht vor, vom Vertrag zurückzutreten (in der Terminologie des UN-Kaufrechtes: „Aufhebung des Vertrages“ zu begehren). Dies offenkundig deshalb, weil dem ABGB ebenso wie dem HGB und den „Usancen“ die Verweigerung der Annahme als Schuldnerverzugsfall fremd ist und die daran geknüpfte Folgerung, es handle sich, wenn kein spezieller anderer Verpflichtungsgrund für den Käufer vorliegt, um einen Fall des Gläubigerverzuges, für den andere Rechtsfolgen als Vertragsrücktritt vorgesehen sind, verständlich ist. Das UN-Kaufrecht regelt das aber anders: Art. 60 sieht die Abnahme der gekauften Ware durch deren Übernahme (lit. b) und den allenfalls vertraglich vorgesehenen Abruf derselben (lit. a) als Schuldnerverpflichtung an und gibt dem Verkäufer ua auch den Rechtsbehelf, Vertragsaufhebung gemäß Art. 64 Abs. 1 lit. b zu verlangen; in diesem Falle braucht der Verkäufer dem Käufer keine weitere Nachfrist zu setzen, wenn dieser erklärt hatte, den Vertrag nicht mehr erfüllen zu wollen (*Karollus*, UN-Kaufrecht, 1979; *Reinhart*, UN-Kaufrecht, Rz. 4 zu Art. 64). Eine Nachfristsetzung wäre in einem solchen Falle sinnlos. Es ist aber unbestritten, daß diesfalls die klagende Partei der beklagten Partei in ihren Protesten vom 7.4.1997, Beilagen ./D und ./E, eine Nachfrist von 8 Tagen gesetzt hat (unter Berufung auf § 51 Z 1 der „Usancen“, dessen Anwendbarkeit hier insofern fraglich erscheint, weil zur Zeit ihrer Inkraftsetzung am 1.12.1966 der Gläubigerverzug des Käufers in der Annahmeverweigerung gesehen wurde und dies allgemeine Rechtsansicht war, die erst durch das UN-Kaufrecht für dessen Geltungsbereich eine Änderung erfuhr).

Als Ergebnis kann deshalb festgehalten werden, daß im Falle der Verneinung des Rechtes der beklagten Partei, Vertragsaufhebung gemäß Art. 73 Abs. 2 UN-Kaufrecht zu begehren, die klagende Partei berechtigt war, die beiden Kontrakte nach Art. 64 Abs. 1 lit. b UN-Kaufrecht zur Aufhebung zu bringen, und als Folge davon auch Schadenersatz zu verlangen. Dies freilich nach den dem einschlägigen UN-Recht vorzuziehenden, weil dieses insoweit durch die Kontraktverweisung teilweise ausschließenden (Art. 6 UN-Kaufrecht) Bestimmungen der „Usancen“ der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien (§ 51 Z 2 lit. b, c oder d).

23

24

25

Dazu werden im weiteren noch die erforderlichen Feststellungen zu treffen sein, wenn die Voraussetzungen dazu als gegeben erachtet werden sollten.

In diesem Fall müßte dann auch über das Zinsenbegehren der klagenden Partei als Nebenanspruch des Schadenersatzanspruches abgesprochen werden. Die primär als Vertragsbestandteil zu beurteilenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der klagenden Partei sehen unter Punkt „5. Zahlungsverzug“ für den Fall des Verzuges des Käufers „mit der Bezahlung des Kaufschillings oder einer anderen, aufgrund dieses Schlußbriefes zu leistenden Zahlung“ (Satz 1) die Verpflichtung zur Zahlung von „Zinsen mindestens 5% über dem jeweiligen Nationalbank-Zinsfuß“ vor, und die klagende Partei beruft sich auf diesen Zinssatz, begehrt aber der Höhe nach 10%, obwohl der Diskontsatz der Oesterreichischen Nationalbank seit 19.4.1996 unverändert 2,5% beträgt, so daß das Zinsenbegehren der Höhe nach nur mit 7,5% berechtigt wäre und das Mehrbegehren deshalb abgewiesen werden müßte (vgl. die letzte Veröffentlichung in „Statistisches Monatsheft der Oesterreichischen Nationalbank“, Heft 9/ 1997, Seite 74). Ab welchem Zeitpunkt diese Zinsen zu bezahlen sind, darüber sagt weder der Text der ausgehandelten Kontrakte, noch der der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, noch jener der „Usancen“ etwas aus. Das UN-Kaufrecht erfaßt nach allgemeiner Ansicht die dort nur allgemein ausgesprochene Zinspflicht für die Säumnis bei der Zahlung des Kaufpreises oder eines anderen fälligen Betrages (Art. 78) auch als Verzugszinsen-Zahlungspflicht, die bei Fälligkeit eines Schadenersatzanspruches eintritt (Art. 74; vgl. *Karollus*, aaO 226 f.). Die klagende Partei hat in ihrer Klage, die sie am 28.4.1997 beim Schiedsgericht überreichte, den Schadenersatzanspruch fällig gestellt und per 1.5.1997 Verzugszinsen verlangt. Insoweit sich ihr Schadenersatzbegehren als berechtigt erweisen sollte, werden ihr ab 1.5.1997 grundsätzlich 7,5% Zinsen ab diesem Tage zuzusprechen sein und das Mehrbegehren wird der Abweisung verfallen müssen.

26

1.7

Für den Fall, daß sich das Klagebegehren als berechtigt erweisen sollte, muß in diesem Umfange auch die Frage geprüft werden, ob der beklagten Partei das Recht zusteht, dem Klageanspruch die von ihr behaupteten Gegenforderungen auf Schadenersatz – sie sind auf die angeblichen Qualitätsmängel der bereits gelieferten Teilmengen der gekauften Ware und auf den ihrer Ansicht nach begründeten Vertragsrücktritt (nach Art. 73 Abs. 2 UN-Recht) gegründet – aufrechnungsweise entgegen zu stellen.

27

Punkt 4. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der klagenden Partei schließt die Gegenverrechnung von nicht ausdrücklich von ihr schriftlich anerkannten Gegenansprüchen einschließlich solcher aus dem Titel der Gewährleistung aus.

28

Ein derartiges Aufrechnungsverbot wird im österreichischen Rechtsbereich allgemein als wirksam anerkannt (*Rummel* in *Rummel*, ABGB², Rz. 29 zu § 1440 m.w.N.), sofern die Gegenforderung nicht schon anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist.

Da diese Voraussetzungen nicht vorliegen, muß der Aufrechnungsantrag der beklagten Partei zufolge des vertraglichen Aufrechnungsverbotese abgewiesen werden (*Fasching*, Zivilprozeßrecht², Rz. 1293).

[...]

IX. Rechtliche Schlußfolgerung bezüglich der beiderseits erklärten Vertragsaufhebung:

1.

29

Das Vertragsaufhebungsbegehren der beklagten Partei gemäß Art. 73 Abs. 2 UN-Kaufrecht ist nicht berechtigt, so daß sie weiterhin an ihre Verpflichtung zum laufenden Abruf und zur laufenden Abnahme der zu jenem Zeitpunkt noch nicht gelieferten Teilmengen von insgesamt 5.800 Tonnen Braugerste verpflichtet war. Indessen ist ihre erklärte Weigerung, die gekaufte Warenmenge abzurufen und abzunehmen, als eine wesentliche Vertragsverletzung zu beurteilen, welche die klagende Partei berechtigt, die beiden Kontrakte nach Art. 64 Abs. 1 lit. b UN-Kaufrecht zur Aufhebung zu bringen und von der beklagten Partei Schadenersatz einschließlich entgangenen Gewinn zu begehren; dies freilich nach den infolge der unmittelbaren Kontraktverweisung das diesbezügliche UN-Kaufrecht zurückdrängenden Bestimmungen der „Usancen“ der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien (§ 51 Z 2 lit. b, c oder d).

Die klagende Partei hat ausdrücklich den ihr angeblich entgangenen Gewinn zum Gegenstand ihres Schadenersatzanspruches erhoben. Einen solchen Anspruch sieht auch Art. 74 UN-Kaufrecht ausdrücklich vor, inkludiert ihn aber dem Erfüllungsinteresse als gleichermaßen ersatzfähige Folge der wesentlichen Vertragsverletzung (*Karollus*, aaO 214), der auch dem Begriff des „entgangenen Nutzens“ des § 51 Z 2 lit. c der „Usancen“ dieser Börse gleichzusetzen ist. Dementsprechend muß die Anwendung dieses Rechtsbegriffes gemäß der österreichischen Rechtsprechung und Lehre zum entgangenen Gewinn im Sinn des § 1293 ABGB erfolgen.

30

2.

31

Entgangener Gewinn liegt vor, wenn der Eintritt einer Vermögensvermehrung verhindert, also eine Erwerbschance vernichtet wurde; dies führt zur Umsatzverminderung beim Geschädigten, weil ihm gewinnbringende Verkäufe der Ware vereitelt wurden. Ist eine derartige Chance zerstört worden, so wird diese als ein selbständiges Vermögensgut angesehen, aus dem sich das schutzfähige Recht ergibt, das zu verlangen, was nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu erwarten war (*Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht² I 16 f. m.w.N.; *Reischauer* in Rummel, aaO Rz. 12 zu § 1293 ABGB m.w.N.).

3.

32

Die klagende Partei hat ihren entgangenen Gewinn derart berechnet, daß sie, in 18 Tabellen aufgegliedert, für die Monate Jänner–Juni 1997 dem konstanten Kontraktverkaufspreis von 2250 S/to die Gestehungskosten gegenüberstellte und die jeweilige Exporterstattung in ECU veranschlagte, so daß sich ihr berechneter „Verdienstentgang“ bzw. ihre „Spanne“ aus der Differenz zwischen Verkaufspreis und den Gestehungskosten abzüglich der EU-Ausfuhrerstattung ergibt.

4.

33

Zu diesen Berechnungen und ihren tatsächlichen Grundlagen hat die beklagte Partei keine substantielle Bestreitungserklärung abgegeben, so daß mangels Bedenken des Schiedsgerichts gegen die angegebenen Einkaufspreise, die der damaligen österreichischen Binnenmarktlage durchaus entsprachen, von der Richtigkeit der diesbezüglichen Angaben ausgegangen werden darf.

5.

34

In der Frage der Höhe der dort jeweils veranschlagten EU-Export-Erstattungsbeträge in ECU gilt jedoch die Pflicht des Schiedsgerichtes, diesbezüglich von Amts wegen die Richtigkeit zu überprüfen.

Von der als richtig zugrundeliegenden Gestehungskostenangabe der klagenden Partei ausgehend, ergibt sich in Hinblick auf die ihr erteilten Ausfuhrlicenzen der Europäischen Gemeinschaft, Verordnung EWG 1144/96 vom 25.6.1996, die amtswegig vom Schiedsgericht beigeschafft wurden, folgende Berechnung der Ausfuhrerstattungsbeträge in ECU/ Tonne für die hier relevante Zeitspanne von Jänner 1997 bis Juni 1997:

35

- a) Die am 20.1.1997 erteilte Ausfuhrlizenz AT Nr 006474 für 1500 to „Gerste andere als zur Aussaat“ mit Letztgültigkeitstag 31.5.1997 setzte die Grundaufuhrerstattung mit 28,49 ECU/t fest.
- b) Die am 30.1.1997 erteilte Ausfuhrlizenz AT Nr 018153 für 1500 to „Gerste andere als zur Aussaat“ mit Letztgültigkeitstag 31.5.1997 setzte die Grundaufuhrerstattung mit 27,49 ECU/t fest.
- c) Die am 29.4.1997 erteilte Ausfuhrlizenz FR Nr X 44398 für 1904 to „Gerste andere als zur Aussaat“ mit Letztgültigkeitstag 31.5.1997 setzte die Grundaufuhrerstattung mit 27,98 ECU/t fest.
- d) Die am 5.5.1997 erteilte Ausfuhrlizenz FR Nr 44402 für 1904 to „Gerste andere als zur Aussaat“ mit Letztgültigkeitstag 31.5.1997 setzte die Grundaufuhrerstattung mit 27,89 ECU/t fest.

Nach der Verordnung (EG) Nr 1576/96 des Rates vom 30.7.1996 zur Festsetzung der monatlichen Zuschläge zu den Getreidepreisen für das Wirtschaftsjahr 1996/97 (Amtsblatt der EG Nr L 206/3) erhöht sich der Interventionspreis pro Monat um jeweils 1,1 ECU/t, so daß der in den einzelnen Exportlicenzen zugeschlagene Satz der Grundaufuhrerstattung jeweils in den darauffolgenden Monaten des tatsächlichen Exports bis zum Monat des letzten Tages der Gültigkeit der Lizenz um 1,1 ECU/t zu erhöhen ist.

36

8.

37

Für die im Laufe des Monats Juni 1997 auszuliefernde Restvertragsmenge von 1200 to Braugerste war die Ausschreibung von Ausfuhrerstattungen ausgesetzt worden, so daß die klagende Partei, hätte sie tatsächlich – die weitere Gültigkeit des Lieferkontraktes fiktiv unterstellt – die Restvertragsmenge in diesem Monat zur Auslieferung gebracht, keinerlei Ausfuhrerstattung hätte bekommen können. Alle ihre Exportlicenzen waren deshalb auch mit 31. Mai 1997 in ihrer Gültigkeit beschränkt.

Da der Ausfall der Ausfuhrerstattung im Monat Juni 1997 ganz offenkundig von den Vertragsparteien bei Vertragsabschluß nicht bedacht worden war, aber die Ausfuhrerstattung doch von ihnen dem im Kontrakt Beilage ./B vereinbarten Preis zugrunde gelegt worden ist – wie der dementsprechenden Klausel zu entnehmen ist –, fehlt es auch an einer Vereinbarung der Parteien darüber, was in diesem Falle rechtens sein soll. Es liegt demnach eine echte Vertragslücke vor, die es zu schließen gilt. Auch die zunächst zur Anwendung zu bringenden „Usancen“ dieser Börse behandeln dieses Problem nicht, so daß abermals das UN-Kaufrecht

38

zu befragen ist, das anscheinend keine direkte Antwort darauf gibt, ob und unter welchen Voraussetzungen Vertragslücken vom Gericht zu schließen sind (vgl dazu *F. Bydlinski* in Doralt, UN-Kaufrecht, 77). Art. 8 UN-Kaufrecht behandelt die Auslegung der subjektiven Erklärungen und des subjektiven Verhaltens der Vertragsparteien und verlangt dabei die Anwendung objektiver Maßstäbe, nämlich wie dies „eine vernünftige Person der gleichen Art wie die andere Partei“, also ein fiktiver Erklärungsempfänger, verstanden hätte. Ein solcher objektiver Maßstab wird freilich allgemein auch bei der echten Vertragsergänzung zum Zweck der Lückenschließung angewendet. Nach Ansicht des Schiedsgerichtes geht es hier aber nicht um die Frage der Auslegung von Erklärungen und Verhaltensweisen einer Vertragspartei, sondern um das Fehlen einer die maßgebliche Frage beantwortenden Willensäußerung welcher Art auch immer (Erklärung oder sonstiges Verhalten). Art. 9 UN-Kaufrecht bezieht sich auf die Vertragsergänzung durch Gepflogenheiten zwischen den Parteien oder durch anerkannte Handelsbräuche und läßt auch die Frage unbeantwortet, ob eine Ergänzung von Kaufverträgen durch das Gericht um das, was vernünftige und redliche Vertragspartner vereinbart hätten, nach diesem Recht zulässig ist oder ob das nach dem maßgeblichen Internationalen Privatrecht subsidiär berufene Sachrecht – in diesem Fall demnach das österreichische Recht – darüber zu befinden hat.

Das Schiedsgericht ist der Ansicht, daß nach dem derzeitigen Stand der praktischen Rechtsanwendung des UN-Kaufrechts durch die Gerichte der Vertragsstaaten nicht Klarheit darüber besteht, ob dieses Recht selbst die ergänzende Vertragsauslegung vorsieht, und ist deshalb der Meinung, daß das konkret nach den Regeln des Internationalen Privatrechts berufene nationale Sachrecht anzuwenden ist, diesfalls demnach das österreichische.

39

Unter Zugrundelegung der herrschenden Ansicht in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung (vgl. *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts I 10, 92 m.w.N. in FN 39 und 40) ist mit Bedachtnahme auf den von den Parteien verfolgten Vertragszweck zu fragen, welche Lösung vernünftige und redliche Vertragsparteien für den oben dargelegten, aber von ihnen bei Vertragsschluß offenbar nicht bedachten Fall vereinbart hätten. Hätten Parteien dieser Art an den Wegfall von Ausführungserstattungsbeiträgen im letzten Monat der vorgesehenen Teillieferungen durch Anordnung der zuständigen EU-Behörde gedacht, dann hätten sie im Interesse der Aufrechterhaltung des Sukzessivlieferungsvertrages auch bezüglich der von der geschilderten Maßnahme betroffenen letzten Teillieferung einerseits und eines vernünftigen Ausgleiches der beiderseitigen Vertragsinteressen in Ansehung des Liefer- und Abnahmetermins sowie des Zahlungszeitpunktes für den Kaufpreis andererseits vereinbart, daß zum Zwecke der Erlangung der noch für den Monat Mai 1997 möglichen Ausfuhrerstattungsbeiträge die letzte Teillieferung in diesem Monat, möglichst gegen dessen Ende hin, erfolgen soll, andererseits aber die Zahlung des Kaufpreises erst in die erste Hälfte des Monats Juni 1997 fällt.

40

Auf dieser Grundlage hat das Schiedsgericht auch die Berechnung des der klagenden Partei aus der Erfüllungsverweigerung der beklagten Partei entstandenen Schadens durch Gewinnentgang ermittelt.