

### CISG-online 380

Jurisdiction	Austria
Tribunal	Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court)
Date of the decision	15 October 1998
Case no./docket no.	2 Ob 191/98x
Case name	<i>Austrian wood case</i>

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Angst als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Niederreiter, Dr. Schinko, Dr. Tittel und Dr. Baumann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Philipp Qu[...], vertreten durch Dr. Christian Tschurtschenthaler, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wider die beklagte Partei Gottfried M[...], vertreten durch Dr. Dieter Stromberger, Rechtsanwalt in Villach, wegen S 4.931.656,84 sA, infolge Rekurses der klagenden Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht vom 11. März 1998, GZ 4 R 283/97p-40, womit das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt vom 26. März 1997, GZ 26 Cg 70/95-30, im angefochtenen Umfang aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

#### Beschluß

gefaßt:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind wie weitere Verfahrenskosten zu behandeln.

#### Begründung:

Der Beklagte, ein österreichischer Staatsangehöriger mit dem Wohnsitz in Österreich, betrieb den Holzhandel in B[...]/Italien unter der Einzelfirma A[...]. Der Kläger betrieb den Holzhandel in Österreich. 1

Im Jahr 1990 schlug der Beklagte dem Kläger vor, daß dieser oder sein Sohn sein italienisches Unternehmen übernehmen sollten. Der Kläger und sein Sohn waren zwar an einer Zusammenarbeit interessiert, allerdings nicht so sehr an einer Übernahme des Unternehmens des Beklagten, sondern an der dem Beklagten gehörenden Lagerhalle in B[...]. In diesem Jahr begann der Kläger mit Holzlieferungen an das Unternehmen des Beklagten in Italien. Ursprünglich wurde dem Beklagten ein Zahlungsziel von 90 Tagen nach Verzollung eingeräumt. Dieses Zahlungsziel wurde später auf 120 Tage nach Verzollung und auf 180 Tage nach Verzollung ausgedehnt. Die Lieferungen im Jahr 1990 hatten einen Wert von S 410.310,--. Im Jahr 1991 lieferte der Kläger dem Beklagten Holzwaren um S 1.239.169,60,--, im Jahr 1992 um S 2.208.523,10 und im Jahr 1993 um S 473.035,50. Die für diese Lieferungen fällige Einfuhrumsatzsteuer zahlte der Beklagte jeweils aus Anlaß der einzelnen Lieferungen. Im Jahr 1993 leistete der Kläger für den Beklagten Zollbeträge in der Höhe von S 10.822,--, weil der Beklagte 2

nicht zahlen konnte und die Fahrzeuge des Klägers sonst nicht zollamtlich abgefertigt worden wären. Darüber hinaus erbrachte der Kläger für den Beklagten Transportleistungen in der Höhe von S 29.000,--.

Weiters verkaufte der Kläger dem Beklagten von ihm in Frankreich erworbenes Eichenholz, das der Beklagte auf eigene Kosten von Frankreich nach Italien transportieren ließ. Die erste Lieferung davon wurde am 21.5.1991 zollrechtlich abgefertigt. Da der Beklagte für die Zahlung der Frachtkosten und die Stehzeit Geld benötigte, erhielt er vom Kläger dafür S 68.000 und weitere S 27.000 für diverse Kosten als Darlehen. Feststellungen über die Rückzahlungsmodalitäten konnten keine getroffen werden; der Kläger forderte die Rückzahlung erst im Zuge des Verfahrens. Im September 1991 lieferte der Kläger dem Beklagten Eichenholz aus Frankreich in Wert von S 216.168.

3

Es konnte nicht festgestellt werden, da der Beklagte das vom Kläger gelieferte Holz an seine Kunden weitergeliefert hat und die Kunden direkt an den Kläger gezahlt haben.

4

Im Sinne der ursprünglichen Interessen des Klägers schlossen die Streitparteien am 19.12.1990 eine Vereinbarung, wonach sich der Beklagte verpflichtete, dem Kläger die Lagerhalle und den Lagerplatz in B[...] zu übergeben, «wenn die Zahlungen der Bank in M[...] erledigt sind». Eine sofortige Übergabe war nach Angaben des Beklagten nicht möglich, weil die Halle erst bis Mitte 1993 abbezahlt werden sollte. Die Bank hatte die Lagerhalle vorfinanziert. Bei Abschluß dieser Vereinbarung bestätigte der Beklagte den Erhalt von S 70.000,--, welche für Rückzahlungsraten verwendet werden sollten. Die Streitparteien legten in dieser Vereinbarung auch die Zusammenarbeit im Export fest. In der Folge bestätigte der Beklagte weitere Zahlungen, davon fünf im Jahr 1991, die letzte am 27.5.1992, sodaß er – in Anrechnung auf den Übernahmepreis der Halle in B[...] – vom Kläger insgesamt S 410.000,-- sowie 27 Mio. Lire (öS 270.000,--) erhielt.

5

Im Hinblick auf diese Vereinbarung forderte der Kläger nicht die sofortige Zahlung der offenen Rechnungen für seine Holzlieferungen; er ging davon aus, daß die Halle ohnehin einen Wert von 5 bis 6 Mio. S habe. Wegen der Übergabe der Halle ist zwischen den Streitparteien in Italien ein Rechtsstreit anhängig. Nähere Modalitäten hinsichtlich der Übergabe der Halle konnten nicht festgestellt werden; nach den vagen Vorstellungen der Parteien hätten «Ausgleichszahlungen» geleistet werden sollen. Daß die Rechnungen über die Holzlieferungen des Klägers erst mit Übergabe der Halle fällig hätten werden sollen, konnte nicht festgestellt werden.

6

Im Zuge der Zusammenarbeit kamen die Streitparteien überein, daß der Beklagte an der Haustankstelle des Klägers Diesel tanken könne. Von März 1991 bis Mai 1993 bezog der Beklagte insgesamt 956 l Diesel vom Kläger, welche am 20.3.1994 mit insgesamt S 7.112,64 in Rechnung gestellt wurden. Es konnte nicht festgestellt werden, daß der Beklagte den Diesel aus Ausgleich für Fahrten für den Kläger bekommen hat.

7

Eine direkte Verrechnung der Holzlieferungen mit dem Kaufpreis der Halle war nicht vorgesehen. Der Kläger ließ sich mit der Einforderung der Rechnungsbeträge für seine Holzlieferungen im Hinblick auf die beabsichtigte Übergabe der Halle Zeit. Ab 1992 begann er jedoch, auf Zahlungen zu drängen. Der Beklagte leistete darauf Teilzahlungen, und zwar S 224.940 am 12.2.1993 und S 229.830 am 4.6.1993. Weiters zahlte er – ebenfalls ohne Widmung – für den

8

Kläger an dritte Unternehmer S 47.182 und S 7.820,--, sodaß insgesamt S 509.772,-- an ungewidmeten Teilzahlungen vorliegen.

Daß der Beklagte Zahlungen für nicht erfolgte Lieferungen in Höhe von 44 Mio. Lire geleistet hat, konnte nicht festgestellt werden. **9**

Im Jahr 1992 unterfertigte der Sohn des Klägers einen Vertrag mit dem Beklagten, in dem er sich verpflichtete, 1 Mio. S in das Unternehmen des Beklagten als stille Beteiligung einzubringen und dem Unternehmer seine manuelle und geistige Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Ob diese Vereinbarung auch durchgeführt worden ist, konnte nicht festgestellt werden. **10**

Wegen Unstimmigkeiten zwischen den Streitparteien im Zusammenhang mit der Übergabe der Halle wurden die Holzlieferungen im August 1993 eingestellt. Die Parteien versuchten noch eine Lösung in der Form, daß das vorhandene Holz verkauft werde, damit der Beklagte zumindest einen Teil der Holzrechnungen zahlen könne. Dieses gemeinsame Vorgehen scheiterte aber an Terminvorgaben und auch daran, daß die Streitparteien nicht mehr vernünftig zusammenarbeiten konnten. Am 4.3.1994 kam es beim Versuch des Klägers, Restware, die beim Beklagten lagerte, zu übernehmen, zu Streitigkeiten, worauf der Beklagte erklärte, daß für ihn eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr vertretbar sei. Am selben Tag richtete er ein Schreiben an den Kläger – das einzige Schreiben des Beklagten während der gesamten Geschäftsbeziehung an den Kläger –, in dem er ausführte, daß es besser gewesen wäre, zwei LKW Schnittholzware nicht nach Italien zu liefern, weil es total naß, schwer und in der Mitte schon faul gewesen sei; ein bis zwei LKW Rundholzlieferungen seien abgestickt und faul gewesen und hätten für die vorgesehene Erzeugung von Paletten nicht verwendet werden können; in den letzten zwei Jahren hätte er allein die Lieferungen des Klägers aussortieren müssen, um Proteste bei Lieferungen zu vermeiden; bei einem LKW seien 42 m<sup>3</sup> Schnittholz verrechnet, aber nur 31 m<sup>3</sup> geliefert worden; die Unregelmäßigkeiten bei den Maßen und bei der Qualität seien bei den meisten Lieferungen vorgekommen und laufend reklamiert worden. In diesem Schreiben verwies er auch auf eine Vereinbarung mit dem Sohn des Klägers, wonach dieser mit 40% am Verlust und Gewinn des Unternehmens beteiligt sei. **11**

Nach Erhalt dieses Schreibens verrechnete der Kläger auch bisher nicht fakturierte Leistungen. **12**

Der Kläger beehrte zunächst vom Beklagten die Zahlung von S 4.836.656,84 samt 10% Zinsen aus S 4.186.718,84 seit 1.5.1994 und 4% Zinsen aus S 649.938,-- seit 24.5.1994. Er habe dem Beklagten Holz zu vereinbarten und angemessenen Preisen verkauft und geliefert. Der Beklagte schulde ihm dafür die längst fälligen Rechnungsbeträge für Holzlieferungen von insgesamt S 4,139.784,20. Damit in tatsächlichem und rechtlichem Zusammenhang stünden Vorauszahlungen an Einfuhrumsatzsteuer von S 10.822,--, Kosten von für den Beklagten erbrachte Transportleistungen von S 29.000,-- und das Entgelt für vom Beklagten bei der Haustankstelle des Klägers bezogenen Dieselmotorkraftstoff von S 7.112,64; dies ergebe insgesamt S 4.186.718,84. An bis 30.4.1994 kapitalisierten 10%igen Verzugszinsen aus den genannten Rechnungsbeträgen schulde der Beklagte S 649.938, insgesamt sohin S 4,836.656,84. **13**

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Bestritten würden die Holzlieferungen, die Höhe der geforderten Verzugszinsen und die Zulässigkeit ihrer Kapitalisierung. Er **14**

habe vielmehr mit dem Sohn des Klägers in Italien die Firma A[...] mit dem Sitz in B[...] gegründet. Nur dieses Unternehmen sei mit dem Kläger in Geschäftsverbindung gestanden. Mangels eines Sitzes dieses Unternehmens in Österreich sei «die Rechtssache der zuständigen Gerichtsbarkeit» entzogen; er sei auch nicht passiv legitimiert. Richtig sei, daß der Kläger Holz an die Firma A[...] geliefert habe. Die ordnungsgemäß durchgeführten Holzlieferungen seien fristgerecht bezahlt worden. Zahlreiche Lieferungen seien vom Kläger jedoch nicht korrekt abgewickelt worden. Er habe minderwertiges Holz geliefert, vereinbarungswidrig zu hohe Preise verrechnet und Fakturen übertatsächlich nicht gelieferte Holzmengen ausgestellt. Zahlreiche der vom Kläger gelegten Rechnungen seien daher sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach sofort beanstandet worden. Die Firma A[...] habe im Auftrag des Klägers oftmals von italienischen Firmen gerügtes und nicht übernommenes, minderwertiges Holz aufgekauft und verwertet. Mit dem Kläger sei diesbezüglich vereinbart worden, daß die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Verwertungserlös verrechnet werde. Die sich aus diesen «Geschäften» ergebende Differenz übersteige die eingeklagte Forderung und werde gegen diese aufrechnungsweise eingewendet. Die Firma A[...] habe dem Kläger Zahlungen in der Höhe von Lire 44.000.000,-- für Holz, das tatsächlich nie geliefert worden sei, geleistet. Auch dieser Betrag werde als Gegenforderung eingewendet.

Der Kläger erwiderte, daß er die – ungewidmeten – Zahlungen des Beklagten bereits auf die ältesten Forderungen angerechnet habe. Sämtliche Holzlieferungen seien mängelfrei gewesen. Der Beklagte habe weder die Qualität noch die Menge gerügt und auch die Fakturen nicht beanstandet. Eine Verrechnung irgendwelcher Erlösdifferenzen mit seinen Forderungen sei nie vereinbart worden. Die Firma A[...] sei eine Einzelfirma des Beklagten, an welcher sich der Sohn des Klägers als stiller Gesellschafter mit S 1 Mio. beteiligt habe.

15

Anläßlich einer Eichenrundholzlieferrung aus Frankreich habe er dem Beklagten zur Begleichung der mit dem Transport und der Verzollung erwachsenen Kosten am 23.5.1991 ein Darlehen von S 95.000,-- zugezählt. Um diesen Betrag dehnte der Kläger sein Begehren auf S 4.931.656,84 sA aus.

16

Der Beklagte behauptete in der Folge, daß er mit dem Sohn des Klägers eine bürgerlich rechtliche Innengesellschaft gegründet habe, weshalb er nur in jenem Verhältnis hafte, in welchem er am Hauptstamm beteiligt sei, also nur mit 60%. Im Jahre 1990 habe er aus Altersgründen beabsichtigt, dem Kläger die Firma A[...] zu übergeben, ohne einen Zeitpunkt für die Firmenübergabe zu nennen. Die Streitparteien hätten jedoch vereinbart, im Exportgeschäft zusammenzuarbeiten und in Hinkunft das Geschäftsrisiko gemeinsam zu tragen. Der Kläger hätte die italienischen Kunden des Beklagten über dessen italienische Firma beliefern und die Rechnungen auf diese Firma ausstellen sollen. Die Zahlungen für die Holzlieferungen hätten jedoch von den italienischen Kunden dem Kläger direkt geleistet werden sollen. Er habe jede einzelne Lieferung sofort bei Übernahme in Gegenwart des Klägers oder seines Vertreters bemängelt. Von den italienischen Kunden nicht übernommenes Holz habe er auf Weisung des Klägers in seiner Halle in B[...] gelagert und teilweise verarbeitet. Noch heute lagere dort Holz im Wert von S 1,8 Mio., welches dem Kläger jederzeit zur Verfügung stehe. Wegen der offenkundigen Mißstände habe er den Kläger gedrängt, seine Geschäftspraktiken zu ändern, worauf ihm der Kläger entgegnet habe, daß er keine Nachteile habe, weil er seine Firma ohnehin übernehmen werde. Die Holzlieferungen aus Frankreich seien weder für ihn noch für seine Firma bestimmt

17

gewesen. Er habe in diesem Zusammenhang auch kein Darlehen des Klägers in Anspruch genommen. Der Kläger habe ihm vielmehr den Betrag von S 95.000,--, mit dem er für ihn in Vorlage getreten sei, refundiert. Der Kläger habe für ihn weder Zahlungen für Einfuhrumsatzsteuer noch Transportleistungen erbracht; er habe bei der Haustankstelle des Klägers auch keine Fahrzeuge aufgetankt. Zwischen den Streitparteien sei vereinbart worden, daß die Rechnungen bis zur Übergabe der Halle «gegen Wertausgleich» nicht gezahlt werden müßten; die Übergabe der Halle sei von der Lastenfreistellung und vom Funktionieren der Zusammenarbeit beim Holzexport und -import abhängig gemacht worden. Seine Mängelrügen seien vom Kläger mit der Bemerkung zur Kenntnis genommen worden, daß das nichts mache, weil bei der Übergabe der Halle die Endabrechnung erfolgen werde und dabei alle Differenzen ausgeglichen würden. Im Dezember 1993 habe sich herausgestellt, daß die Zusammenarbeit wegen zu vieler Mängelrügen nicht eingehalten werden können. In Abänderung des ursprünglichen Übereinkommens sei dann vereinbart worden, daß in B[...] und bei G[...] noch gelagertes Holz gemeinsam verkauft werde und der Gesamterlös dem Kläger zukomme. Danach habe ein «Wertausgleich» stattfinden sollen. Diese Vereinbarung sei vom Kläger nicht eingehalten worden.

Der Kläger entgegnete, daß der Beklagte alle verfahrensgegenständlichen Holzlieferungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung bestellt habe. Er habe ihm keine Weisungen erteilt, das gelieferte Holz in seiner Halle zu lagern und teilweise zu verarbeiten. Es sei auch nicht vereinbart worden, daß er das Unternehmen des Beklagten übernehmen werde. Mit Vertrag vom 19.12.1990 sei bloß der Erwerb der Liegenschaft des Beklagten in B[...] samt Lagerhalle vereinbart worden, welche Vereinbarung der Beklagte aber nicht eingehalten habe. Erstmals mit Schreiben vom 4.3.1994 habe der Beklagte verspätet Holzlieferungen aus September 1993 bemängelt. Das «Hallengeschäft» sei vom laufenden Holzgeschäft völlig unabhängig gewesen. Es sei diesbezüglich auch kein Wertausgleich vereinbart worden.

Im Rahmen seiner informativen Befragung durch den Erstrichter führte der Beklagte an, daß der Kläger Holz an die Firma A[...] geliefert und diesem Unternehmen auch die Rechnungen gelegt habe. Das Holz sei von A[...] in B[...] übernommen worden. Die Mängel seien mündlich gerügt worden, wobei im Hinblick auf die Zusammenarbeit und den Umstand, daß der Kläger bzw. sein Sohn «das Geschäft» übernehmen habe sollen, «eine etwas lockere Vorgangsweise an den Tag gelegt» worden sei. Er habe einige Autozüge «nicht unterschrieben, weil das Holz schlecht» gewesen sei, «generell» habe er aber «schlechte Lieferungen» deshalb akzeptiert, weil der Sohn des Klägers «alles übernehmen» habe sollen. Solange die Zusammenarbeit funktioniert habe, habe es keine Probleme gegeben und wäre ein «Ausgleich» der mangelhaften Lieferungen nicht notwendig gewesen. Daher sei es ursprünglich auch «nicht so genau» erforderlich gewesen, eine Rüge zu erheben, weil der Kläger ohnehin das ganze Unternehmen bekommen hätte. Es sei durchaus denkbar, daß «in dieser Situation» die Rügen «unvollständig» erhoben worden seien. Nach Aufkündigung der Zusammenarbeit und nachdem klar gewesen sei, daß der Kläger die Halle und sein (des Beklagten) Unternehmen nicht bekomme, hätte zwischen den Streitparteien «ganz normal» abgerechnet werden sollen, d.h. der Kläger hätte «das bekommen» sollen, was er ihm geliefert habe; allerdings hätte auch eine «Gegenrechnung» vorgenommen werden sollen. Dabei wäre der tatsächliche Umfang der einzelnen Lieferungen zu prüfen gewesen, wobei rund ein Drittel des Lieferumfangs nicht durchgeführt

18

19

worden bzw. mangelhaft gewesen sei. Darüber hinaus habe er einen erheblichen Mehraufwand «von einem Drittel» gehabt, um die mangelhaften Lieferungen des Klägers und die Weiterleitung an die Kunden «auszugleichen», sowie weitere Spesen, die abgerechnet hätten werden sollen. Es sei auch noch Holz vorhanden.

Das Erstgericht verurteilte den Beklagten – nach Verwerfung der Einrede der mangelnden inländischen Gerichtsbarkeit – zur Zahlung von S 4.837.929,84 sA und wies das Mehrbegehren von S 92.727,-- sA (übereinen Betrag von S 1.000,-- und über die eingewendeten Gegenforderungen wurde nicht entschieden) ab. Neben dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt stellte das Erstgericht noch fest, daß die Feststellung, der Beklagte habe die einzelnen Holzlieferungen mengen-, qualitäts- oder preismäßig bemängelt, nicht getroffen werden könne. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, daß der Beklagte als Inhaber eines Einzelunternehmens für dessen Verbindlichkeiten persönlich hafte. Für die Forderungen des Klägers aus Holzlieferungen an dieses Unternehmen sei es ohne Belang, daß daran ein stiller Gesellschafter beteiligt sei. Der Beklagte wäre verpflichtet gewesen, die bei einzelnen Lieferungen vorhandenen Mängel unverzüglich zu rügen, was er jedoch unterlassen habe. Die im Verfahren bzw. mit Schreiben vom 4.3.1994 erhobenen Mängelrügen seien daher verfristet. Durch die Teilzahlungen, die mangels anderer Widmung auf die ältesten Rechnungen anzurechnen gewesen seien, seien die Rechnungen des Jahres 1990 gezahlt worden. Der restliche Betrag von S 99.462,-- sei auf die erste Rechnung des Jahres 1991 in Höhe von S 149.775,-- gutzuschreiben, sodaß diese Rechnung bis auf S 50.313,-- getilgt worden sei. Diese Rechnung sei am 6.5.1991 und somit mehr als drei Jahre vor Klagseinbringung fällig geworden, weshalb der nicht getilgte Teil dieser Rechnung ebenso wie die daraus resultierenden Zinsen von S 43.414,- - verjährt seien. Die kapitalisierten Zinsen seien um den letzteren Betrag zu kürzen. Das dem Beklagten vom Kläger gewährte Darlehen von S 95.000,-- sei erst mit 14.7.1995 fällig gestellt worden. Die zum Beweis der Mängelrügen geführten Zeugen seien nicht zu vernehmen gewesen, weil diese in Verschleppungsabsicht angeboten worden seien; es sei nicht möglich, daß sich Zeugen ohne nähere Anhaltspunkte an einzelne Lieferungen erinnern könnten.

Das Berufungsgericht hob das – nur vom Beklagten im stattgebenden Teil angefochtene – Urteil des Erstgerichtes insoweit auf und verwies die Rechtssache in diesem Umfang zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, daß der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Im Hinblick auf die vorliegende Auslandsbeziehung – die vertragliche Leistung des Klägers sei in Italien zu erbringen gewesen – sei die in erster Instanz unerörterte gebliebene Frage des anzuwendenden Rechts zu prüfen. Die zwischen den Streitparteien geschlossenen Rechtsgeschäfte über Holzlieferungen seien internationale Warenkäufe zwischen Kaufleuten, auf die – mangels Hervorkommens einer ausdrücklichen oder schlüssigen Rechtswahl (§ 35 Abs. 1 IPRG) oder eines Ausschlusses im Sinne des Art. 6 UNK – die Bestimmungen des UN-Kaufrechtsübereinkommens, das in Italien am 1.1.1988 und in Österreich am 1.1.1989 in Kraft getreten sei, anzuwenden seien. Daß der Beklagte seinen Wohnsitz in Österreich habe, stehe dieser Anwendung nicht entgegen, weil es nach dem Übereinkommen bloß auf die Niederlassung der Vertragspartner ankomme, worunter jener Ort zu verstehen sei, an dem – für Dritte erkennbar – durch einen Partner eines Handelsvertrages unternehmerische Handelsaktivitäten gesetzt würden. Die Streitparteien hätten somit Niederlassungen in verschiedenen Vertragsstaaten.

20

21

Gemäß Art. 38 Abs. 1 UNK habe der Käufer die Ware innerhalb einer so kurzen Zeit zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erforderten. Nach Art. 39 Abs. 1 dieses Übereinkommens verliere der Käufer das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt habe oder hätte feststellen müssen, anzeige und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichne. Die angemessene Frist des Abs. 1 beginne mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Käufer die Vertragswidrigkeit tatsächlich festgestellt habe. Sei die Untersuchung verspätet vorgenommen worden, dann könne die Rüge rechtzeitig sein, wenn sie binnen einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt erfolge, in dem die Untersuchung spätestens vorzunehmen gewesen wäre. Für unentdeckbar verborgene Vertragswidrigkeiten beginne die angemessene Frist für die Rüge ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem sie aufträten. Für die Vornahme der Rüge werde nach der überwiegenden deutschen Rechtsprechung eine Frist von etwa einem Monat als angemessen angesehen. Werde die Rüge unterlassen oder nicht rechtzeitig erhoben, folge daraus der volle Rechtsverlust des Käufers. Die Rüge müsse insofern spezifiziert sein, als sie die Vertragswidrigkeit genau beschreiben müsse. Pauschale Aussagen und allgemein formulierte Beanstandungen genügten den Inhaltsanforderungen nicht. Diese Bezeichnungspflicht diene dem Schutz des Verkäufers, der übersehen können solle, welche Forderungen auf ihn zukämen, und der vor Mißbräuchen, wie dem Nachschieben von Mängeln durch den Käufer, geschützt werden solle. Die Vertragswidrigkeit gelte dann als ausreichend genau bezeichnet, wenn der sachkundige Verkäufer wisse, was gemeint sei; die Rüge müsse eine Nachprüfung und das Einleiten der erforderlichen Schritte zur Mängelbeseitigung ermöglichen. Die Anforderungen an die Bezeichnung der Mängelrüge dürften aber – insbesondere wegen der einschneidenden Rechtsfolgen – nicht überspannt werden. Werde der Mangel aufgrund einer Untersuchung gemäß Art. 38 Abs. 1 UNK entdeckt, dann solle die Rüge die wesentlichen Untersuchungsergebnisse wiedergeben. Die Erklärung müsse alle Angaben darüber enthalten, welche Ware vom Mangel betroffen sei, worin der Mangel im einzelnen bestehe, unter welchen Begleitumständen er aufgetreten sei und in welchem Umfang die Lieferung fehlerhaft sei. Allgemeine Redewendungen, wie daß die Ware von entschieden minderer Qualität sei oder nicht den Vorstellungen des Käufers entspreche, reichten nicht aus.

22

Die Rüge sei gemäß Art. 27 UNK nur absendebedürftig. Diese Bestimmung enthalte keine Regel, was für mündliche Erklärungen gelte. Gleichwohl müßten auch mündlich abgegebene Erklärungen, um Wirksamkeit zu entfalten, so erfolgen, daß sie für die andere Partei vernehmbar und verständlich seien. Mündliche Rügen seien im Geltungsbereich des UN-Kaufrechtsübereinkommens wirksam, weil Art. 38 UNK keine bestimmte Form dafür vorsehe.

23

Der Beklagte wende sich vor allem gegen die (negative) Feststellung des Erstgerichtes, daß nicht festgestellt habe werden können, daß er die einzelnen Holzlieferungen bemängelt habe. Das Erstgericht habe mit seiner Begründung für die Ablehnung der Vernehmung der vom Beklagten namhaft gemachten Zeugen, die darin bestehe, daß sich diese ohne nähere Anhaltspunkte an einzelne Lieferungen nicht erinnern könnten, gegen das Verbot vorgreifender Beweiswürdigung verstoßen, weil es vorweg Überlegungen über die voraussichtliche mangelnde Ergiebigkeit dieser Beweise angestellt habe. Mit einer solchen vorgreifenden Beweiswürdigung lasse sich Verschleppungsabsicht nicht begründen. Der Beklagte habe diese Zeugen

24

überdies zu einem Zeitpunkt beantragt, als das Verfahren – nach Überweisung durch das Landesgericht Salzburg – erst begonnen gehabt habe und Beweise noch gar nicht aufgenommen worden seien. Von einer offenkundigen Verschleppungsabsicht könne daher keine Rede sein.

Vor Durchführung dieser Beweise werde das Erstgericht mit dem Beklagten allerdings die Widersprüche zwischen seinem ursprünglichen Vorbringen und des – als Vorbringen zu wertenden – Ergebnisses der informativen Befragung zu erörtern und den Beklagten zu einem widerspruchsfreien Vorbringen in bezug auf die Mängelrügen anzuleiten haben.

25

Warum das Erstgericht die Zeugenbeweise, die vom Beklagten zum Beweis der von ihm behaupteten Vereinbarungen zwischen den Streitteilen angeboten wurden, nicht aufnahm, sei im angefochtenen Urteil nicht begründet worden, weshalb die erstrichterlichen Feststellungen auch insoweit nicht das Ergebnis eines mängelfreien Verfahrens seien. Auch diesem Tatsachenvorbringen des Beklagten komme rechtliche Relevanz zu. Das Erstgericht werde dem Beklagten auch in dieser Hinsicht vor Ergänzung des Beweisverfahrens zu einem widerspruchsfreien und vollständigen Vorbringen anleiten müssen. Der Beklagte habe nämlich in erster Instanz mehrere, miteinander nicht in Einklang zu bringende Vereinbarungen behauptet, wobei er im Berufungsverfahren nur jene Behauptung nicht mehr aufrecht erhalten habe, daß die Zahlung der Holzlieferungen direkt durch die italienischen Abnehmer vereinbart gewesen sei. Das – im einzelnen neuerlich dargestellte – widersprüchliche und unkonkrete Tatsachenvorbringen werde mit dem Beklagten dahin zu erörtern sein, wann diese Vereinbarungen und mit welchem konkreten Inhalt sie getroffen worden seien. In Art. 58 UNK würden nämlich nur jene Regeln festgelegt, die mangels Parteienvereinbarung über den Fälligkeitzeitpunkt der Kaufpreiszahlung entschieden. Hätten die Parteien hingegen eine davon abweichende Vereinbarung getroffen, so sei diese für die Beurteilung der Fälligkeit der Kaufpreiszahlung maßgebend. Der Beklagte habe mit seinem Vorbringen die Fälligkeit bestritten. Vom Inhalt der getroffenen Vereinbarungen hänge nicht nur ab, inwieweit allenfalls eine Tilgung der eingeklagten Forderungen durch Aufrechnung eingetreten sei, sondern auch, ab welchem Zeitpunkt dem Kläger – kapitalisierte – Verzugszinsen für die in Rechnung gestellten Kaufpreise zustünden. Auch insoweit sei das erstgerichtliche Verfahren im Sinne der Mängelrüge und der angeführten Grundsätze ergänzungsbedürftig. Dabei werde darauf hingewiesen, daß Zinseszinsen erst ab Zustellung der Klage und nicht schon ab Einlangen der Klage bei Gericht verlangt werden könnten; sie stünden zu, wenn sie ausdrücklich vereinbart worden seien oder wenn fällige Zinsen eingeklagt würden.

26

Ebenfalls mangelhaft sei das erstinstanzliche Verfahren hinsichtlich der Feststellungen über Holzlieferungen des Klägers an den Beklagten aus Frankreich sowie über eine Darlehensgewährung des Klägers geblieben, weil das Erstgericht den zum Beweis des Gegenteils angebotenen Zeugen des Beklagten ohne Begründung abgelehnt habe.

27

Im übrigen sei die Mängelrüge unberechtigt. Eine konkrete Behauptung, wonach die Streitteile eine Übernahme seines Unternehmens durch den Kläger verbindlich vereinbart und eine Gesellschaft gegründet hätten, habe der Beklagte in erster Instanz nie aufgestellt. Er habe unkonkretisiert behauptet, dem Kläger seine diesbezügliche Absicht mitgeteilt und mit ihm eine Zusammenarbeit im Exportgeschäft sowie die künftige gemeinsame Tragung des Geschäftsri-

28

sikos vereinbart zu haben. Wenn er nunmehr in seiner Rechtsrüge vom Zustandekommen einer bürgerlichen rechtlichen Gesellschaft zwischen den Streitteilen ausgehe, verstoße er gegen das Neuerungsverbot.

Das Vorbringen des Beklagten, daß der Kläger dessen Vorhalt über offenkundige Mißstände mit dem Argument begegnet sei, er habe keinerlei Nachteile, weil er das Unternehmen des Beklagten ohnehin übernehmen werde und daher weder ihm selbst noch dem Beklagten aus dieser Vorgangsweise Schaden entstehen könne, könnte allenfalls nur rechtliche Bedeutung im Sinne des Art. 44 UNK haben, wenn sich herausstellen sollte, daß der Beklagte – im Hinblick auf diese Zusicherungen des Klägers – die Rügen entweder gar nicht oder bloß unzureichend erhoben habe. Nach dieser Bestimmung könne der Käufer ungeachtet des Art. 39 Abs. 1 UNK den Preis nach Art. 50 UNK herabsetzen oder Schadenersatz, außer für entgangenen Gewinn, verlangen, wenn er eine vernünftige Entschuldigung dafür habe, daß er die erforderliche Anzeige der Mängel unterlassen habe. Eine solche «vernünftige Entschuldigung» für das Unterlassen einer rechtzeitigen oder vollständigen Mängelrüge könne auch im Verhalten des Verkäufers erblickt werden, der zu erkennen gebe, daß er aus bestimmten Gründen an einer genauen Mängelrüge gar nicht interessiert sei. Ob insoweit eine Beweisaufnahme erforderlich sein werde, hänge davon ab, ob sich die Behauptungen des Beklagten über rechtzeitige Mängelrügen erweisen ließen oder nicht. In diesem Zusammenhang sei auch zu beachten, daß die Zweijahresfrist des Art. 39 Abs. 2 UNK von der Bestimmung des Art. 44 UNK unberührt bleibe.

29

Die Unterlassung der Beiziehung eines Sachverständigen zum Beweis dafür, daß die österreichischen Holzhandelsusancen auf die Verträge der Streitteile nicht anzuwenden seien, begründe keine Mangelhaftigkeit des Verfahrens, weil diese Frage keine Tat-, sondern eine vom Gericht zu lösende Rechtsfrage sei, die im Sinne der Überlegungen zur Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts auch schon beantwortet worden sei.

30

Feststellungen zum Wert des Holzes seien nur in Ansehung der Rechnungen Nr. 10/91, 6/92 und 24/92 zu treffen, weil der Beklagte die Höhe der vom Kläger als vereinbarungsgemäß bezeichneten Rechnungsbeträge sonst ausdrücklich nicht bestritten habe.

31

Ob die zwischen dem Beklagten und dem Sohn des Klägers getroffene Vereinbarung überhaupt in Kraft getreten sei, könne dahingestellt bleiben. Nach dem insoweit anzuwendenden Art. 2551 Codice civile (aber auch nach § 335 Abs. 2 HGB) bewirke eine stille Beteiligung keine Einschränkung der Haftung des Unternehmers für seine Firmenschulden im Außenverhältnis. Das Zustandekommen einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft mit dem Kläger habe der Beklagte in erster Instanz nicht behauptet.

32

Das Erstgericht werde bei seiner neuerlichen Urteilsfällung auch zu beachten haben, daß der Beklagte Gegenforderungen geltend gemacht habe, über die im Falle eines Ausspruches über das Zurechtbestehen der eingeklagten Forderung im Urteilsspruch zu entscheiden sei.

33

Der dagegen vom Kläger erhobene Rekurs ist nicht berechtigt.

34

Der Kläger wendet sich in seinem Rechtsmittel gegen die Auffassung des Rekursgerichts, daß das UN-Kaufrecht auf die vorliegende Geschäftsbeziehung anzuwenden sei. Beide Streitteile

35

seien österreichische Holzhändler. Schlössen österreichische Holzhändler Holzhandelsgeschäfte, dann sei kraft Handelsbrauches von der Anwendbarkeit der österreichischen Holzhandelsusancen auszugehen. Damit sei das UN-Kaufrecht schlüssig abgedungen worden. Demnach gelte die Ware als genehmigt, weil eine Mängelrüge nicht längstens binnen sieben Werktagen nach Übergabe mit eingeschriebenem Brief, telegraphisch oder fernschriftlich erhoben worden sei. Außerdem habe der Beklagte selbst bei rechtzeitiger Beanstandung nicht das Recht, den Kaufpreis zur Gänze zurückzuhalten. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß mündliche Mängelrügen nach dem UN-Kaufrecht wirksam seien, treffe nicht zu. Verfehlt sei auch die Ansicht, daß die Erhebung der Mängelrüge innerhalb eines Monats als angemessen im Sinne des Art. 39 Abs. 1 UNK anzusehen sei. An die Ausnahmenvorschrift des Art. 44 UNK sei schließlich ein strenger Maßstab anzulegen, weshalb die von den Parteien in Aussicht genommene Unternehmensübernahme nicht als «vernünftige Entschuldigung» für die Unterlassung der rechtzeitigen Mängelrüge gewertet werden könne. Das Berufungsgericht habe, soweit es dem Erstgericht die Klärung widersprüchlichen Vorbringens des Beklagten aufgetragen habe, ohne entsprechende Mängelrüge in unzulässiger Weise von Amts wegen einen Verfahrensmangel aufgegriffen.

Dazu war zu erwägen:

36

### Rechtliche Beurteilung

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. 4. 1980, BGBl 1988/96 (UNK), ist in Italien seit 1.1.1988 und in Österreich seit 1.1.1989 in Kraft. Gemäß Art. 1 Abs. 1 UNK ist dieses Übereinkommen auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind oder wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen; die Tatsache, daß die Parteien ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten haben, wird nicht berücksichtigt, wenn sie sich nicht aus dem Vertrag, aus früheren Geschäftsbeziehungen oder aus Verhandlungen oder Auskünften ergibt, die vor oder bei Vertragsabschluß zwischen den Parteien geführt oder von ihnen erteilt worden sind (Abs. 2); bei Anwendung dieses Übereinkommens wird weder berücksichtigt, welche Staatsangehörigkeit die Parteien haben, noch ob sie Kaufleute oder Nichtkaufleute sind oder ob der Vertrag handelsrechtlicher oder zivilrechtlicher Art ist (Abs. 3).

37

Die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Übereinkommens, daß die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben und das aus den Umständen bei Vertragsabschluß erkennbar ist, ist im vorliegenden Fall gegeben. Die österreichische Staatsangehörigkeit der Streitparteien ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut dieser Bestimmung ohne Belang. Das Übereinkommen gilt sowohl in Italien als auch in Österreich.

38

Die österreichischen Holzhandelsusancen, die gemäß ihres § 1 Abs. 1 für alle alle Geschäfte in Holz aller Art gelten, die unter Berufung auf diese Usancen abgeschlossen werden, geben zwar nach dem letzten Satz dieser Bestimmung (auch) Handelsbrauch im Sinne des § 346 HGB wieder. Derartige Bräuche gelten allerdings auch dann, wenn sie nicht zum Inhalt eines Vertrags erhoben werden, selbst dann, wenn sie den Parteien nicht bekannt gewesen sind (*Krammer*

39

in Straube, HGB<sup>2</sup> Rz. 14 zu § 346). Dort, wo das Gesetz selbst auf den Handelsbrauch verweist, ist er mittelbar zum gesetzlichen Inhalt erhoben worden (*Krammer*, a.a.O.).

Gemäß Art. 4 UNK betrifft das Übereinkommen über das UN-Kaufrecht, soweit in ihm nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, nicht die Gültigkeit von Bräuchen. Diese Frage überläßt es der Beurteilung durch das nationale Recht; Art. 9 UNK betrifft nur ihre Anwendbarkeit (*Posch* in Schwimann, ABGB<sup>2</sup>, Rz. 9 zu Art. 4 UNK; *Magnus* in Staudinger, BGB<sup>13</sup> Rz. 20 zu Art. 9 CISG). Gemäß Art. 9 Abs. 1 UNK sind die Parteien an die Bräuche, mit denen sie sich einverstanden erklärt haben, und an die Gepflogenheiten gebunden, die zwischen ihnen entstanden sind; haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so wird angenommen, daß sie sich in ihrem Vertrag oder bei seinem Abschluß stillschweigend auf Bräuche bezogen haben, die sie kannten oder kennen mußten und die im internationalen Handel den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig weithin bekannt sind und von ihnen regelmäßig beachtet werden. Die von den Parteien ausdrücklich oder schlüssig zugrundegelegten Bräuche müssen nicht internationale Geltung haben (*Posch*, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 9 UNK; *Magnus*, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 9 CISG). Art. 9 Abs. 2 UNK fingiert, daß die Parteien an Bräuche des internationalen Handels gebunden sind, wenn sie diese kannten oder kennen mußten. Solche Bräuche müssen grundsätzlich im internationalen Handel Verwendung finden und an einschlägigen Verträgen beteiligten Parteien weithin bekannt sein und von ihnen auch regelmäßig beachtet werden. Weithin bekannt und regelmäßig beachtet ist ein internationaler Handelsbrauch dann, wenn er von der Mehrheit der in einer Branche tätigen Geschäftsleute anerkannt wird (*Posch*, a.a.O., Rz. 5 zu Art. 9 UNK). Neben diesem objektiven Erfordernis müssen die Parteien Handelsbräuche nach Art. 9 Abs. 2 UNK tatsächlich gekannt haben oder kennen müssen (*Posch*, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 9 UNK).

40

Handelsbräuche, die weithin bekannt und beachtet sind, müssen nur solchen Parteien geläufig sein, die im Verbreitungsgebiet dieser Bräuche ansässig sind oder sich dort in dem betreffenden Geschäftszweig ständig betätigen (*Magnus*, a.a.O., Rz. 25 zu Art. 9 CISG).

41

Handelsbräuche, deren Geltung von den Parteien vereinbart wurde, die zwischen den Parteien etablierten Gepflogenheiten sowie die im internationalen Handel allgemein üblichen und beachteten Bräuche haben, dem dispositiven Charakter des UN-Kaufrechts entsprechend, Vorrang vor den Bestimmungen dieses Übereinkommens (*Posch*, a.a.O., Rz. 1 zu Art. 9 UNK; *Magnus*, a.a.O., Rz. 2, 9 und 17 zu Art. 9 CISG).

42

Ob die österreichischen Holzhandelsusancen, insbesondere deren Bestimmungen über die Rügepflicht, in Österreich kraft Handelsbrauchs gelten, ist eine Tatfrage (*Krammer*, a.a.O., Rz. 30 zu § 346; RdW 1985, 370; JBl 1991, 116). Tatfrage ist aber auch, ob die österreichischen Holzhandelsusancen, wie es Art. 9 Abs. 2 UNK für internationale Handelsbräuche fordert, im internationalen Warenverkauf (hier zwischen Österreich und Italien) allgemein bekannt sind und beachtet werden.

43

Anhaltspunkte dafür, daß die Streitteile die österreichischen Holzhandelsusancen ausdrücklich oder schlüssig vereinbart haben, bietet der festgestellte Sachverhalt nicht. Der Kläger hat derartiges auch nicht behauptet. Das Erstgericht wird aber im Sinne der vorstehenden Ausführungen zu prüfen haben, ob sie aufgrund der Fiktion des Art. 9 Abs. 2 UNK gelten. Ist das

44

der Fall, dann ist auf die Dauer der Rügefrist § 27 dieser Usancen anzuwenden, weil die dort genannten (kürzeren) Fristen den dispositiven Bestimmungen des UN-Kaufrechtes vorgehen. Gemäß § 27 Abs. 2 der österreichischen Holzhandelsusancen gilt bei Außerachtlassung der Bestimmungen über die Bemängelung die Ware als genehmigt. Ein der Art. 44 UNK vergleichbarer Entschuldigungsgrund für die Unterlassung der Mängelrüge ist in diesen Usancen nicht enthalten. Außerdem enthalten die österreichischen Holzhandelsusancen in § 28 eine Bestimmung über die Form der Rüge. Das Erstgericht wird sohin auch die Anwendung dieser Bestimmungen im internationalen Warenverkehr mit Holz zwischen Österreich und Italien festzustellen haben.

Sollte das weitere Verfahren ergeben, daß die österreichischen Holzhandelsusancen und ihre Bestimmungen über die Rügepflicht auf die vorliegende Geschäftsbeziehung nicht anzuwenden sind, dann sind die diesbezüglichen Bestimmungen des UN-Kaufrechtes, die gegenüber dem HGB käuferfreundlicher gestaltet sind, anzuwenden. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß im Rahmen des UN-Kaufrechtes auch mündliche Rügen wirksam und beachtlich sind, vermag der Rekurs nicht zu entkräften. Art. 39 UNK sieht keine bestimmte Form für die Rüge vor. Art. 27 UNK, nach dem es für die Wirksamkeit von Anzeigen, Aufforderungen und sonstigen Erklärungen auf deren Absendung ankommt, nimmt auf mündliche Erklärungen unter Anwesenden nicht Bezug. Hier genügt für deren Wirksamkeit, daß sie für die andere Partei vernehmbar und verständlich sind (*Posch*, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 27 UNK).

45

Gemäß Art. 38 UNK hat der Käufer die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben (Abs. 1); erfordert der Vertrag eine Beförderung der Ware, so kann die Untersuchung bis nach dem Eintreffen der Ware am Bestimmungsort aufgeschoben werden (Abs. 2). Gemäß Art. 39 UNK verliert der Käufer das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in den er sie festgestellt hat oder feststellen hätte müssen, anzeigt und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet (Abs. 1); der Käufer verliert in jedem Fall das Recht, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie nicht spätestens innerhalb von zwei Jahren, nachdem ihm die Ware tatsächlich übergeben worden ist, dem Verkäufer anzeigt, es sei denn, daß diese Frist mit einer vertraglichen Garantiefrist unvereinbar ist (Abs. 2).

46

Die kurze Frist für die Untersuchung richtet sich insbesondere nach der Größe des Unternehmens des Käufers, der Art der zu untersuchenden Ware, ihrer Komplexität oder Verderblichkeit oder dem Charakter als Saisonware, die Art der in Frage kommenden Menge, die Aufwendigkeit der Untersuchung u. dgl. (*Posch*, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 38 UNK; *Magnus*, a.a.O., Rz. 40 bis 49 zu Art. 38 CISG). Bei der Prüfung, ob eine angemessene Frist im Sinne des Art. 39 Abs. 1 UNK vorliegt, sind die objektiven und subjektiven Umstände des konkreten Falls zu berücksichtigen; dazu zählen die betrieblichen und persönlichen Verhältnisse des Käufers, Eigenarten der Ware, Umfang der Warenlieferung oder die Art des gewählten Rechtsbehelfs (*Posch*, a.a.O., Rz. 5 zu Art. 39 UNK; *Magnus*, a.a.O., Rz. 43 bis 49 zu Art. 39 CISG). Die Fristen für die vorzunehmende Untersuchung und für die Vornahme der Rüge sind weniger streng als nach § 377 HGB («unverzüglich») zu beurteilen (*Resch*, Zur Rüge bei Sachmängeln nach UN-Kaufrecht, ÖJZ 1992, 470 [473]; *Posch*, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 39 UNK). Die angemessene Frist ist keine lange Frist. Daraus ist aber nicht der Umkehrschluß zu ziehen, daß es sich stets um eine kurze

47

Frist – wie in Art. 38 UNK – handelt, der Käufer also so rasch wie nur möglich reagieren muß (*Magnus*, a.a.O., Rz. 35 zu Art. 39 CISG m.w.N.). Die angemessene Frist des Art. 39 UNK ist keine einheitliche Frist; sie muß den jeweiligen Umständen angepaßt festgelegt werden (*Magnus*, a.a.O., Rz. 42 zu Art. 39 CISG). Soweit nicht die genannten besonderen Umstände für eine kürzere oder längere Frist sprechen, ist nach *Magnus* (a.a.O., Rz. 49 zu Art. 39 UNK) und *Piltz* (UN-Kaufrecht, Rz. 142, 145) von einer Gesamtfrist für Untersuchung und Mängelanzeige von etwa 14 Tagen auszugehen. Der BGH hat dazu ausgesprochen (RIW 1995, 595 = JR 1996, 23 [*Karollus*]), daß diese Frist im Interesse der baldigen Klärung der Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien nicht zu lang bemessen werden dürfe, und daher eine Frist von vier Wochen bereits als «sehr großzügig» bezeichnet. *Karollus* hat in seiner Entscheidungsbesprechung unter Hinweis auf die Auffassung von *Magnus* gegen eine Rügefrist von vier Wochen Stellung bezogen. Der erkennende Senat ist der Auffassung, daß wegen der unterschiedlichen nationalen Rechtstraditionen in den Vertragsstaaten eine Untersuchungs- und Rügefrist von insgesamt 14 Tagen als angemessen anzusehen ist, wenn keine besonderen Umstände für eine Verkürzung oder Verlängerung sprechen.

Das Erstgericht wird im Falle der Anwendbarkeit der Vorschriften des UN-Kaufrechts über die Vertragswidrigkeit der Ware auch noch die objektive Frist des Art. 39 Abs. 2 UNK zu beachten haben, mit deren Ablauf alle Ansprüche wegen Vertragswidrigkeit erlöschen (*Posch*, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 39 UNK). Diese Zweijahresfrist kann aber nur dann ausgeschöpft werden, wenn der Käufer die Ware nicht früher untersuchen oder wenn er trotz Untersuchung die Vertragswidrigkeit nicht früher feststellen oder wenn er trotz Feststellung der Vertragswidrigkeit diese nicht früher anzeigen konnte (*Posch*, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 39 UNK unter Hinweis auf ErlRV 94 BlgNR 17. GP 59).

Bei Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts ist aber auch dessen Art. 44 zu beachten. Demnach kann der Käufer den Preis nach Art. 50 UNK herabsetzen oder Schadenersatz, außer für entgangenen Gewinn, verlangen, wenn er eine vernünftige Entschuldigung dafür hat, daß er die erforderliche Anzeige unterlassen hatte. Eine «vernünftige Entschuldigung» kann dann vorliegen, wenn der Käufer die Mängelanzeige aus Gründen unterlassen hat, die einem durchschnittlichen Käufer im redlichen Geschäftsverkehr nachgesehen werden können, und wenn er dabei mit der ihm nach den Umständen subjektiv zuzumutenden Sorgfalt gehandelt hat (*Posch*, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 44 UNK unter Berufung auf *Magnus*, a.a.O., Rz. 10 ff. zu Art. 44 CISG). An diese Ausnahmenvorschrift ist aber ein strenger Maßstab anzulegen (*Posch*, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 44 UNK; *Resch*, a.a.O., 479). Art. 44 UNK bezieht sich aber nur auf Art. 39 Abs. 1 UNK; daher ist die absolute Frist des Art. 39 Abs. 2 zu beachten. Die Ansprüche sind daher binnen zwei Jahren nach der Übergabe geltend zu machen (*Resch*, a.a.O., 478; *Wilhelm*, UN-Kaufrecht, 17). In der Auffassung des Berufungsgerichts, daß eine vernünftige Entschuldigung im Sinne dieser Bestimmung gegeben sein kann, wenn der Kläger deutlich zum Ausdruck gebracht hat, an einer (rechtzeitigen) Rüge nicht interessiert zu sein, kann kein Rechtsirrtum erblickt werden. Allein aus der Absicht des Klägers, die Halle des Beklagten zu kaufen, kann aber auf ein solches Desinteresse nicht geschlossen werden.

Auch die Auffassung des Berufungsgerichts trifft zu, daß das Erstgericht über die Gegenforderungen des Beklagten zu entscheiden haben wird. Der Beklagte hat nämlich in seiner Berufung

48

49

50

auf diese ausreichend Bezug genommen, weshalb das Verfahren darüber durch das bloße Übergehen der Gegenforderungen im Ersturteil nicht endgültig erledigt ist.

Soweit das Berufungsgericht schließlich die Aufhebung des Ersturteils mit der Notwendigkeit der Aufnahme weiterer Beweise zu Tatsachen begründet hat, die nach dem Gesagten für die Entscheidung wesentlich sind, kann dies vom Obersten Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, nicht geprüft werden (SZ 69/18 m.w.N.). Es kann dann aber auch für den Erfolg des Rekurses nicht darauf ankommen, ob das Berufungsgericht dem Erstgericht zu Unrecht aufgetragen hat, den Beklagten zur Ergänzung seines Vorbringens anzuleiten, zumal wegen der jedenfalls aufrecht bleibenden Aufhebung des Ersturteils den Parteien die Möglichkeit zu neuen Behauptungen und Beweisanträgen offensteht (*Kodek*, in Rechberger, ZPO Rz. 5 zu § 496).

51

Dem Rekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

52

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs. 1 ZPO.