

CISG-online 483

Jurisdiction	Austria
Tribunal	Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court)
Date of the decision	29 June 1999
Case no./docket no.	1 Ob 74/99k
Case name	<i>Partition panels case</i>

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Z[...] eG, [...], vertreten durch Dr. Peter Zumtobel, Dr. Harald Kronberger und Dr. Clemens Thiele, Rechtsanwälte in Salzburg, wider die beklagte Partei I[...] Aktiengesellschaft, [...], vertreten durch Dr. Manfred Ainedter und Dr. Friedrich Trappel, Rechtsanwälte in Wien, und der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei P[...] Aktiengesellschaft, [...], vertreten durch Dr. Dieter Cerha und Dr. Herbert Orlich, Rechtsanwälte in Wien, wegen 16.140,10 DM sA infolge Revisionsrekurses (richtig: Rekurses) der beklagten Partei und Rekurses der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 30. Dezember 1998, GZ 5 R 83/98g-30, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 16. März 1998, GZ 27 Cg 126/96a-25, teils aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Beiden Rechtsmitteln wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird dahin abgeändert, daß das erstgerichtliche Urteil unter Einschluß des unangefochten gebliebenen zweitinstanzlichen Teilurteils wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 15.811 S (darin 2.468,50 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 21.362 S (darin 1.352 S Umsatzsteuer und 13.250 S Barauslagen) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens sowie ihrer Nebenintervenientin die mit 15.811 S (darin 2.468,50 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 8.112 S (darin 1.352 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Von den beiden Teilklageforderungen von 16.140,10 DM und 12.875,20 DM wurde letztere **1** unangefochten abgewiesen. Darauf ist daher nicht mehr einzugehen.

Im Rahmen einer längeren Geschäftsbeziehung lieferte die in der Bundesrepublik Deutschland **2** domizilierte klagende Partei der inländischen beklagten Partei zugeschnittene und gebohrte

Trennwand-Paneele an eine von der beklagten Partei in Wien «betreute» Baustelle. Zwischen den Streitteilen war für sämtliche Lieferungen die Kondition «ab Werk» vereinbart.

Im Oktober 1992 wurden der beklagten Partei von der klagenden Partei von der P[...] GmbH & Co KG in Peiting, Bundesrepublik Deutschland (im folgenden nur Herstellerin), hergestellte, nicht «formatierte» (weder zugeschnittene noch gebohrte) Plattenrohlinge (im folgenden nur Platten) statt der von jener bestellten zugeschnittenen und gebohrten Platten geliefert. Angestellte der Parteien vereinbarten telefonisch die Zurückstellung dieser Platten durch die beklagte Partei. Die Behauptung der klagenden Partei, daß die Zurückstellung an die Herstellerin vereinbarungsgemäß von der klagenden Partei vorzunehmen gewesen sei, blieb unbewiesen.

3

Am 22. Oktober 1992 beauftragte ein zum Konzern der beklagten Partei gehöriges Unternehmen die Nebenintervenientin, ein Speditionsunternehmen, mit dem Rücktransport der Platten zur Herstellerin. Bei deren Ablieferung durch den von der Nebenintervenientin beauftragten Frachtführer bestätigte die Herstellerin am Abend des 29. Oktober 1992 auf dem CMR-Frachtbrief, der sie als Empfängerin auswies, vorbehaltlos die Übernahme der Platten. Am folgenden Tag stellte die Herstellerin beim Abladen dieser Platten Schäden an diesen fest. Daß die Schäden beim Rücktransport durch den Frachtführer der Nebenintervenientin entstanden, konnte nicht festgestellt werden. Am 26. März 1993 fakturierte die klagende Partei an die beklagte Partei für «Transportschäden vom 29.11.1992 – Lieferung von Wien nach Peiting» 16.140,10 DM.

4

Die klagende Partei brachte zur Begründung ihrer Klageforderung von 16.140,10 DM sA, soweit jetzt noch relevant, vor, die von ihr verkauften Platten im Wert von 16.140,10 DM hätten nach der Rückstellung Transportschäden aufgewiesen. Die Platten seien in einem derart desolaten Zustand bei der Herstellerin angekommen, daß sie nur noch als Brennmaterial verwertbar gewesen seien. Sie seien von der Nebenintervenientin nicht ordnungsgemäß verladen worden. Die beklagte Partei trage das Transportrisiko.

5

Die beklagte Partei wendete, soweit noch bedeutsam, ein, die zurückgestellten Platten seien von der Herstellerin ohne Vorbehalt auf dem CMR-Frachtbrief übernommen worden. Durch die Lieferung nicht bestellter Ware habe die klagende Partei das Risiko des Rücktransports zu tragen. Die Vereinbarung des Haftungsübergangs «ab Werk» beziehe sich nur auf bestellte, nicht aber auf die hier zu beurteilenden, nicht bestellungsgemäß gelieferten Platten. Jedenfalls habe die beklagte Partei derartige Schäden nicht verschuldet.

6

Die Nebenintervenientin brachte im wesentlichen vor, die Ware sei zumindest teilweise bereits bei Anlieferung zur beklagten Partei beschädigt gewesen. Der geltend gemachte Schaden sei vor Ladung und nach Ablieferung der Ware entstanden und jedenfalls nicht im Vermögen der klagenden Partei eingetreten. Die klagende Partei habe den behaupteten Schaden ihr gegenüber erstmals mit Schreiben vom 4. Mai 1993 geltend gemacht; damit sei jeglicher Anspruch wegen eines Transportschadens gemäß Art. 30 CMR erloschen, weil das Transportgut ohne Vorbehalt übernommen worden sei, sodaß es in jenem Zustand, wie im Frachtbrief beschrieben, als übernommen gelte. Die beklagte Partei hafte für allfällige Transportschäden auch deshalb nicht, weil sie nicht als Frachtführerin aufgetreten sei.

7

Das Erstgericht wies das Klagebegehren wegen Verjährung der Klageforderung ab. Im übrigen trafe den Empfänger unbestellter Ware keine Obsorgepflicht. 8

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil in der Teilabweisung von 12.875,20 DM sA, hob es in der Teilabweisung von 16.140,10 DM sA auf, verwies die Rechtssache insoweit zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück und erachtete insoweit den Rekurs an den Obersten Gerichtshof als zulässig. Da aus im einzelnen dargestellten Erwägungen nach dem maßgeblichen deutschen Recht Verjährung nicht eingetreten sei, werde das Erstgericht im fortzusetzenden Verfahren mit den Parteien die Haftungs Voraussetzungen nach Art. 74 ff. UN-Kaufrecht zu erörtern und hiezu die entsprechenden Feststellungen zu treffen haben. Das Erstgericht habe nämlich nur die negative Feststellung getroffen, es könne nicht festgestellt werden, daß die Schäden im Zuge des Rücktransports entstanden seien. Die Haftung nach Art. 74 UN-K sei jedoch eine Garantiehaftung. Der Schuldner habe unabhängig von Verhaltensunrecht und Verschulden dafür einzustehen, daß er eine ihn treffende Pflicht nicht erfüllt hat. Eingeschränkt werde diese im Prinzip verschuldensunabhängige Haftung nur durch die Haftungsbefreiung nach Art. 79 UN-K, wofür aber der Schuldner beweispflichtig sei. 9

Die Rechtsmittel der beklagten Partei und ihres Nebenintervenienten sind zulässig und im Ergebnis berechtigt. Sie werden gemeinsam behandelt. 10

a) 11
Da der hier zu beurteilende Kaufvertrag noch vor dem 1. Dezember 1998 geschlossen und auch noch vor diesem Zeitpunkt einverständlich rückabgewickelt wurde, finden die Bestimmungen des EVÜ, BGBl. III 1998/208, auf diesen Sachverhalt noch keine Anwendung. Die AGB der klagenden Partei wurden weder ausdrücklich noch konkludent in den Vertrag einbezogen. Auf deren Geltung kommen die Parteien auch in ihren Rechtsmitteln nicht mehr zurück.

Zutreffend erkannte das Berufungsgericht, daß auf die Vertragsbeziehungen der Streitteile das am 1. Jänner 1989 in Österreich (BGBl. 1988/96) und am 1. Jänner 1991 in der Bundesrepublik Deutschland (BGBl. 1990/303) in Kraft getretene Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf (CISG; in der Folge aber nur UN-K genannt) anzuwenden ist. Denn die Rechtsbeziehungen der Streitteile haben einen Kaufvertrag über «Waren» vom Oktober 1992 zum Gegenstand; die Streitteile haben ihre Niederlassungen in Österreich und in Deutschland, also in verschiedenen Vertragsstaaten (Art. 1 Abs. 1 lit. a UN-K); sie haben die Anwendung des Übereinkommens auch nicht vertraglich ausgeschlossen (Art. 6 UN-K). 12

Das UN-K schafft selbst materielles Recht (*Koziol/Welser*, Grundriß¹⁰ I, 341). 13

b) 14
Für die Lieferung der klagenden Partei an die beklagte Partei war «frei Werk» vereinbart, somit hatte die beklagte Käuferin die Transportgefahr ab dem Werk der deutschen Herstellerin zu tragen. Die Lieferung der von der Herstellerin erzeugten, jedoch von der Bestellung abweichenden, weil nicht «formatierten» Platten durch die klagende Verkäuferin stellte eine Vertragsverletzung dar. Das UN-K faßt den Begriff der Mangelhaftigkeit (Vertragswidrigkeit) weit

und versteht darunter auch die Lieferung einer anderen als der geschuldeten Ware; die Falschlieferung ist daher allein nach Art. 35 ff. UN-K zu beurteilen und kein Fall der Nichtlieferung. Dies gilt gleichermaßen für die Abweichung in der Gattung («Qualitäts-aliud») wie für das «Identitäts-aliud» beim Spezies-Kauf. Anders als nach § 378 HGB kommt es auch nicht auf die Genehmigungsfähigkeit der Falschlieferung oder sonst auf den Grad der Abweichung an (*Karollus* in Honsell, Kommentar zum UN-Kaufrecht, Art. 30 Rz. 9 mit vielen weiteren Nachweisen; *ders.*, UN-Kaufrecht, 105; *Wilhelm*, UN-Kaufrecht, 12 f., 21).

Für Vertragsverletzungen stellt das UN-K dem Käufer neben dem Anspruch auf Schadenersatz alternativ mehrere Rechtsbehelfe, darunter das Recht zur Vertragsaufhebung nach Art. 49 UN-K zur Verfügung. Im vorliegenden Fall haben die Parteien einvernehmlich und zulässigerweise (Art. 6 UN-K) die Aufhebung des Kaufvertrags vereinbart. Durch den die Vertragsänderung bzw. die Vertragsaufhebung regelnden Art. 29 UN-K wird klar, daß der Abschluß solcher Verträge dem UN-K untersteht. Die Aufhebung eines dem UN-K unterliegenden Kaufvertrags ist grundsätzlich formfrei möglich, also auch mündlich oder wie hier fernmündlich, ja selbst konkludent (*Karollus*, a.a.O., Art. 29 Rz. 9 m.w.N.; *Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht, Art. 29 UN-K Rz. 4). Ein Formvorbehalt nach Art. 29 Abs. 2 UN-K wurde nicht einmal behauptet.

15

Den Eigentumsaspekt und die Folgen einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung regelt das UN-K nicht. Den Parteien bleibt es aber unbenommen, entsprechende Vereinbarungen zu treffen oder auch entsprechende nationale Rückabwicklungsvorschriften zu vereinbaren (*Schlechtriem* in Caemmerer/Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht², Art. 29 Rz. 4 m.w.N. in Fn. 17; vgl. dazu auch *Weber* in Honsell, Kommentar zum UN-Kaufrecht, Vorbem. Art. 81–84 Rz. 7). Fehlen aber – wie hier – entsprechende Vereinbarungen, so sind solche Lücken aus dem UN-K heraus und nicht mittels Rückgriffs auf nationales Recht zu schließen (*Weber*, a.a.O., Vorbem. Art. 81–84 Rz. 1 m.w.N.). Soweit die Parteien daher die Rechtsfolgen der einvernehmlichen Vertragsaufhebung, im speziellen die Gefahrtragung, den Leistungsort oder die Kostentragung, in ihrer Aufhebungsvereinbarung keiner privatautonomen Regelung unterziehen, muß die insoweit gebliebene Lücke in Auslegung nach Art. 7 Abs. 2 UN-K durch den Rückgriff auf die Art. 81 ff. UN-K geschlossen werden.

16

Nach dem UN-K wird der Vertrag mit seiner Aufhebung nicht gänzlich aufgehoben, sondern wird in ein Abwicklungsschuldverhältnis «umgesteuert» (*Ziegler*, Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht, 195 m.w.N. in Fn. 142; *Leser* in Caemmerer/Schlechtriem, a.a.O., Art. 81 Rz. 9; *Weber*, a.a.O., Art. 81 Rz. 4 f., 15 m.w.N.). Die Parteien werden nach Art. 81 Abs. 1 UN-K bei der Vertragsaufhebung von ihren vertraglichen Hauptpflichten befreit; ausgenommen hiervon sind Schadenersatzpflichten sowie nach Art. 81 Abs. 1 zweiter Satz UN-K u.a. Bestimmungen, die die Folgen der Vertragsaufhebung für die Parteien regeln. Hierunter fallen alle mit der Rückabwicklung zusammenhängenden Vorschriften wie die Pflicht zur «Rückgewähr» aller im Zusammenhang mit dem Vertrag empfangenen Gegenstände (*Ziegler*, a.a.O., 194 m.w.N. in Fn. 140) einschließlich der Pflicht zur Rücksendung gelieferter Waren (*Leser*, a.a.O., Art. 81 Rz. 10). Mit der Rückgewähr sind die Folgen des bereits (teilweise) erfüllten Vertrags zu beseitigen, aber nicht durch Anknüpfung an ein hypothetisches Ziel, «wie wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre» oder «wie wenn der Vertrag nie ab-

17

geschlossen worden wäre». Vielmehr wird im Anschluß an das römische Recht die Rückforderung der erbrachten Leistung erlaubt und damit an der Leistungssache in natura und ihrem Schicksal angeknüpft. Die Art. 81 bis 84 UN-K enthalten dabei als Kern eine gefahrverteilende Regelung, die den allgemeinen Regeln der Gefahrtragung in den Art. 66 ff. im Rahmen der Rückabwicklung als spezielle Regelung vorgeht (*Leser, a.a.O., Vor Art. 81–84 Rz. 10*).

Das UN-K enthält keine Regelung über den Leistungsort bei der Rückgewähr; dennoch kann diese Lücke bei Fehlen entsprechender Vereinbarungen im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 UN-K ohne Rückgriff auf die nationalen Regelungen ausgefüllt werden (*Leser, a.a.O., Art. 81 Rz. 17; Weber, a.a.O., Art. 81 Rz. 21*). Der Leistungsort für die vertraglichen Primärleistungen ist spiegelbildlich auf die Rückabwicklungspflichten zu übertragen (*Posch in Schwimann², Art. 81 UN-K Rz. 8*). Erforderte die Lieferung der Ware Art. 31 UN-K zufolge deren Abholung bei der Niederlassung des Verkäufers (oder – wie hier – des Produzenten) bzw. (beim Versandungskauf) deren Übergabe an den Beförderer durch den Verkäufer, so hat dieser bei einverständlicher Vertragsaufhebung mangels abweichender Vereinbarung die Ware beim Käufer abzuholen bzw. (beim Versandungskauf) der Käufer die Ware zu versenden und hiezu einem Beförderer zur Übermittlung an den Verkäufer (oder – wie hier – den Produzenten) zu übergeben; die Rückgewähr ist in diesen Fällen am Ort der Niederlassung des Käufers zu bewirken (*Leser, a.a.O., Art. 81 Rz. 17 f.; Weber, a.a.O., Art. 81 Rz. 21; Herber/Czerwenka, a.a.O., Art. 81 Rz. 2, je m.w.N.; Posch, a.a.O.*).

18

Da im vorliegenden Fall vertragliche Primärleistung ein Versandungskauf mit dem Gefahrenübergang beim deutschen Hersteller war, muß diese Regelung des Gefahrenübergangs spiegelbildlich auch für eine einverständliche Vertragsaufhebung gelten: Mit der Übergabe der infolge einverständlicher Vertragsaufhebung zurückzustellenden Waren an den mit deren Rücktransport beauftragten Spediteur am Ort der Niederlassung des Käufers tritt der Gefahrenübergang an den Verkäufer ein. Vereinbarungsgemäß hatte die beklagte Partei die Platten an deren Herstellerin zurückzusenden. Die klagende Partei hat auch nicht behauptet, die Übergabe der Platten an die Nebenintervenientin als beauftragte Spediteurin komme einer Vertragsverletzung gleich.

19

Überdies sind für die Lückenfüllung auch die Grundsätze des Art. 82 UN-K (Verlust der Rechte auf Vertragsaufhebung oder Ersatzlieferung wegen Unmöglichkeit der Rückgabe im ursprünglichen Zustand) heranzuziehen. Danach erfährt der Grundsatz der unversehrten Rückgabe der Ware als Voraussetzung für die Ausübung des Aufhebungsrechts erhebliche Einschränkungen, die den Grundsatz zur Ausnahme machen (*Leser, a.a.O., Art. 82 Rz. 16*). Den Verkäufer belastet nach Art. 82 Abs. 2 lit. a und b UN-K das Rückabwicklungsrisiko bei allen Verschlechterungen und beim Untergang der Ware, soweit diese nicht auf Handlungen und Unterlassungen des Käufers beruhen. Damit treffen die Risiken des Zufalls und der höheren Gewalt allein den Verkäufer. Diese einseitige oder doch überwiegende Belastung des Verkäufers mit den Risiken der Rückabwicklung läßt sich nur mit deren Verursachung durch den Verkäufer infolge dessen Vertragsverletzung erklären (*Weber, a.a.O., Art. 82 Rz. 14 ff.; Leser, a.a.O., Art. 82 Rz. 18*), was bei der – nach Auffassung des erkennenden Senats – mangels abweichender Abmachung gebotenen – sinngemäßen Anwendung dieser Regeln auf vereinbarte Aufhebungsrechte im Auge zu behalten ist (*Leser, a.a.O., Art. 82 Rz. 18 m.w.N. in Fn. 47*).

20

Der von der klagenden Partei geltend gemachte, nach UN-K zu beurteilende Ersatzanspruch kann nur dann erfolgreich durchgesetzt werden, wenn die Verschlechterungen auf Handlungen und Unterlassungen der beklagten Partei beruhen; ein solcher Beweis ist der klagenden Partei nicht gelungen. Sie hat selbst vorgebracht, Ergebnis des Transports zur Herstellerin sei es gewesen, daß die Platten in einem derart desolaten Zustand angekommen seien, daß sie nur mehr als Brennmaterial verwertbar gewesen seien. Damit hat sie nicht weniger behauptet, als daß dieser Schaden beim Rücktransport entstanden sei. Daß diese Beförderung – wie sie weiters behauptet – «abredewidrig» erfolgt sei, hat sich nicht erweisen lassen. Da die klagende Partei mit der Gefahr für den Rücktransport belastet war, wie schon weiter oben erörtert, hat sie dessen Folgen selbst zu tragen. Der Rechtsauffassung der Berufungsinstanz, jede Partei hafte für die Rückgewähr der Leistungen wie für die ursprünglich bestehenden Primärpflichten aus dem Vertrag, dies bedeute für den Fall des Untergangs der Kaufsache beim Käufer nach Aufhebung des Vertrags, daß dieser im Rahmen der Art. 74 ff. zum Schadenersatz verpflichtet sei (*Ziegler*, a.a.O., 196; *Schönle* in Honsell, Kommentar zum UN-Kaufrecht, Art. 74 Rz. 19 m.w.N.), kommt angesichts der dargestellten Gefahrenrechtsslage keine Bedeutung zu.

21

Auf den Verjährungseinwand sowie auf die übrigen Einwendungen der beklagten Partei und ihrer Nebenintervenientin zum Grund (die klagende Partei könne keinen Schaden erlitten haben) und zur Höhe der Klageforderung (die falsch zugeschnittenen Platten hätten keinen Marktwert mehr) muß deshalb ebensowenig mehr eingegangen werden wie auf die Entlastungsmöglichkeit des Vertragsverletzers nach Art. 79 UN-K, auf die auf französische und anglo-amerikanischen Rechtstradition (sogenannte *contemplation rule*) zurückgehende Vorhersehbarkeitsregel nach Art. 74 zweiter Satz UN-K und die Schadensminderungsobliegenheit nach Art. 77 UN-K. Ob die klagende Verkäuferin die Kosten der Rücksendung zu tragen habe (vgl. *Leser*, a.a.O., Art. 81 Rz. 19; *Weber*, a.a.O., Art. 81 Rz. 22), ist hier gleichfalls nicht zu entscheiden.

22

Es bedarf aus diesen Erwägungen nicht mehr der von der zweiten Instanz angeordneten Verfahrensergänzung. Vielmehr erweist sich die (gänzliche) Klageabweisung durch das Erstgericht im Ergebnis als berechtigt. Der zweitinstanzliche Aufhebungsbeschluß ist daher durch die Wiederherstellung des Ersturteils auch in Ansehung der Teilabweisung von 16.140,10 DM sA abzuändern.

23

Die Kostenentscheidung fußt auf den §§ 41 und 50 ZPO.

24