CISG-online 643

Jurisdiction	Austria
Tribunal	Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court)
Date of the decision	14 January 2002
Case no./docket no.	7 Ob 301/01t
Case name	<i>Cooling machine case</i>

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisions- und Rekursgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schenk, Dr. Schaumüller und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S[...] GmbH, [...], vertreten durch Dr. Wolfgang Lirk und andere Rechtsanwälte in Salzburg, gegen die beklagte Partei DI H[...] Gesellschaft mbH, [...], vertreten durch Dr. Horst Koch und andere Rechtsanwälte in Linz, wegen DM 60.815,20 (S 436.288,24 = EUR 31.094,32) sA, über die (auch als Rekurs gegen den aufhebenden Teil der Entscheidung des Berufungsgerichts zu betrachtende) Revision der klagenden Partei gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 18. Juli 2001, GZ 11 R 167/01k-67, womit das die Klage abweisende Urteil des Landesgerichtes Linz vom 27. Dezember 2000, GZ 2 Cg 181/97h-59, teilweise (als Teilurteil) bestätigt, teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Dem Rechtsmittel der klagenden Partei wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung, die im Übrigen (d.i. im Umfang der Aufhebung) bestätigt wird, wird dahin abgeändert, dass das Teilurteil aufgehoben und die Rechtssache auch im Umfang der Abweisung von DM 35.329,56 (= EUR 18.063,72) samt 5% Zinsen seit 19. Juni 1996 – insgesamt daher zur Gänze – zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen wird.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Begründung:

Die klagende Gesellschaft, die ihren Sitz in Deutschland hat, bot der beklagten Partei über deren Aufforderung am 21.11.1995 einen von ihr in Sonderanfertigung herzustellenden Zweikreis-Tischkühler an, der für ein vom Fernwasserverband F[...] in V[...] (Deutschland) errichtetes Wasserwerk bestimmt war und der Beklagten in ihr Werk nach L[...] geliefert werden sollte, um dort überprüft werden zu können. Im betreffenden Anbot wies die Klägerin auf die Geltung ihrer (jeweils auf der Rückseite ihrer Rechnungen) abgedruckten «Lieferungs- und

Zahlungsbedingungen» (im Folgenden kurz LZB) hin, die der Beklagten aus drei vorangegangenen, ordnungsgemäß abgewickelten Geschäftsfällen bereits bekannt waren und u.a. folgende Bestimmungen enthielten.

Mängelrüge

2

Für Mängel haftet der Verkäufer nur wie folgt:

- a) Der Käufer hat die empfangene Ware unverzüglich nach Eintreffen auf Menge, Beschaffenheit und zugesicherte Eigenschaften zu untersuchen. Offensichtliche Mängel sind innerhalb von 8 Tagen nach Eingang der Ware schriftlich zu rügen.
- b) Bei berechtigten Beanstandungen erfolgt nach Wahl des Verkäufers Nachbesserung der fehlerhaften Ware oder Ersatzlieferung. Die beanstandeten Teile sind frachtfrei zurückzusenden.

...

Gewährleistung

Die Garantiezeit beträgt 12 Monate nach Lieferung ab unserem Werk. Bei unsachgemäß vorgenommener Montage bzw. Inbetriebnahme, fehlerhafter oder nachlässiger Behandlung durch den Käufer oder Dritten wird die Haftung für die daraus entstehenden Folgen aufgehoben.

Folgeschäden sind grundsätzlich ausgeschlossen.

Erfüllungsort, Gerichtsstand, Recht

Erfüllungsort und ausschließlicher Gerichtsstand für Lieferungen und Zahlungen, sowie sämtliche zwischen den Parteien sich ergebenden Streitigkeiten ist der Hauptsitz des Verkäufers.

Die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien regeln sich ausschließlich nach dem in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Recht.

Die Beklagte, die ihrerseits ihrem Auftraggeber, der Firma S[...], Lieferung des Tischkühlers bis April 1996 zugesagt hatte (während sich S[...] gegen Pönalezahlungen in Millionenhöhe verpflichtet hatte, die Anlage ihrem Kunden – den Betreiber des Wasserwerks – bis zum 1.6.1996 zu übergeben), nahm das Anbot der Klägerin am 10.1.1996 an und bestellte also den Tischkühler zu einem Preis von DM 21.144,60.

3

Als die Klägerin in der Folge wegen technischer Probleme (die vorgegebenen Schallpegelwerte wurden überschritten) um eine Erstreckung der Lieferfrist bis zum 13.5.1996 ersuchte, sah die Beklagte keine andere Möglichkeit, als dies zu akzeptieren, weil eine Drittfirma für Konstruktion und Herstellung des Zweikreis-Tischkühlers vier bis fünf Monate benötigt hätte. Da die Klägerin sodann allerdings auch den verlängerten Termin nicht einhielt, sondern die Lieferung erst am 28.5.1996 durchführen konnte, wurde sie von der Beklagten (die daher auf eine Überprüfung in ihrem Werk in L[...] verzichten musste) angewiesen, das Gerät direkt auf die Baustelle nach V[...] zu liefern. Dort konnte von Mitarbeitern der Beklagten am 28.5.1996 nur eine

4

Sichtkontrolle vorgenommen werden, wobei optische und qualitative Mängel, nämlich Korrosionsschäden und Verarbeitungsmängel festgestellt, und der Klägerin sofort mitgeteilt wurden.

Trotz dieser Mängel war die Beklagte auf Grund des Termindrucks gezwungen, den Tischkühler sofort (vom 29.5. bis 1.6.1996) einzubauen. Danach wurde bei einem ersten Probelauf festgestellt, dass die Kühlregister von der Klägerin falsch eingebaut worden waren und die vereinbarte Kühlleistung nicht erbracht werden konnte. Dieser Mangel konnte dadurch, dass man über Vorschlag der Klägerin die Ventilatoren umdrehte, nur provisorisch behoben werden. Am 3.6.1996 rügte die Beklagte gegenüber der Klägerin schriftlich, dass die Inbetriebnahme am 31.5.1996 wegen diverser, im Einzelnen angeführter Mängel (u.a. weil die Ladelufttemperatur bereits nach 20 Minuten 70° erreicht habe) abgebrochen habe werden müssen. Weiters wies die Beklagte darauf hin, dass zufolge der verspäteten Inbetriebnahme auf Grund vereinbarter Pönaleforderungen hohe Mehrkosten zu erwarten seien.

5

In der Folge versuchten Mitarbeiter der klagenden Partei an der Baustelle die optischen und die Qualitätsmängel, die die Beklagte gerügt hatte und die inzwischen auch von der Firma S[...] gegenüber der Beklagten gerügt worden waren, zu beheben. Am 12.6.1996 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie die Mängel behoben habe. Mit Fax vom selben Tag nahm die Beklagte neuerlich eine Mängelrüge vor. Sie rügte u.a. Mängel an der Anordnung der Kühlkreisläufe, zu hohe Schallpegelwerte, einen Mangel am Ausgleichsbehälter, der Halterung für Sammelrohre, die Schweißnähte etc. Weiters teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass die Anlage für den provisorischen Betrieb freigegeben werde, damit das Aggregat, wenn auch mit den bestehenden Mängeln, dem Kunden zur Verfügung stehe.

6

Die Klägerin akzeptierte laut Schreiben vom 25.6.1996 die von der Beklagten gerügten Mängel und sagte bis 5.7.1996 Mängelbehebung zu, was am 3.7.1996 versucht wurde. Mit Schreiben vom 12.7.1996 wies die Beklagte die Klägerin darauf hin, dass ihr Auftraggeber den Kühler im gegenwärtigen Zustand nicht zu übernehmen bereit sei, sondern den kompletten Austausch der Kühlanlage erwarte. Im Antwortschreiben vom 15.7.1996 vertrat die Klägerin sodann den Standpunkt, dass die Mängelrüge unberechtigt sei, weil sie sämtliche, berechtigt geltend gemachten Mängel bereits behoben habe. Im darauffolgenden Schreiben vom 23.7.1996 beharrte die Beklagte auf ihrem Standpunkt, forderte die Behebung der Mängel bis längstens 26.7.1996, ansonsten Ersatzvornahme durchgeführt werde. Das Wasserwerk habe ab 1.9.1996 mit einem örtlichen Energieversorgungsunternehmen einen Stromlieferungsvertrag abgeschlossen, weshalb der Tischkühler bis zu diesem Zeitpunkt auf jeden Fall mängelfrei und von der Firma S[...] abgenommen sein müsse; ansonsten sei sie (die Beklagte) beträchtlichen Schadenersatzansprüchen ausgesetzt.

7

Am 31.7.1996 rügte die Beklagte weiters, dass – wie nunmehr ergänzend festgestellt worden sei – das Kühlregister verdreht sei, nicht die vertraglich fixierte Leistung (Wärmemenge) führe, und der vertraglich vereinbarte Schalldruckpegel bei weitem nicht erreicht werde. Um die von der Klägerin verursachten Schäden möglichst gering zu halten, werde unverzüglich Ersatzvornahme durch Dritte veranlasst werden. Von der klagenden Partei erfolgte darauf keine Reaktion (mehr). Die Beklagte war daher gezwungen, selbst einen vertragskonformen Zweikreis-Tischkühler zu bewerkstelligen. In Abstimmung mit der Firma S[...] demontierte sie den von

8

der Klägerin gelieferten Tischkühler und brachte ihn in ihr Werk zur Mängelsanierung, wobei u.a. das Regendach und die Auffangwanne neu erstellt und die Kühlregister umgedreht wurden. Danach (bereits im September 1996) wurde das Gerät wiederum nach V[...] gebracht und montiert, wobei die optische Ausführung nun von der Auftraggeberin der Beklagten akzeptiert wurde. Im Zuge der Inbetriebnahme wurde jedoch festgestellt, dass die Anlage in der Form, wie sie die Klägerin konstruiert hatte, nicht entlüftet werden konnte und daher nicht voll funktionsfähig war.

Wegen der Strombezugsvereinbarung ab 1.9.1996 blieb das Gerät aber notgedrungen vorerst eingebaut und es war im folgenden Winterhalbjahr auf Grund der geringeren Außentemperaturen ein provisorischer Betrieb möglich. Die Beklagte musste sich allerdings ihrer Auftraggeberin gegenüber verpflichten, danach eine funktionsfähige Anlage zu liefern. Davon wurde die Klägerin nicht mehr in Kenntnis gesetzt. Im Frühjahr 1997 wurde der Kühler von der Beklagten entsprechend der Vereinbarung mit ihrer Auftraggeberin neuerlich nach L[...] gebracht, dort nochmals zerlegt und neu konstruierte Kühlregister eingebaut, sodass diesbezüglich eine völlige Neulieferung vorlag, womit schließlich sämtliche Mängel behoben waren. Danach wurde der Tischkühler neuerlich zum Bestimmungsort gebracht, dort montiert und ist seither ordnungsgemäß in Betrieb. Inzwischen hatte die Klägerin der Beklagten über deren weitere Bestellung im April 1996 vier Einkreis-Ventilator Kühler geliefert und ihr dafür DM 60.815,20 in Rechnung gestellt. Die Beklagte bezahlte diese Rechnung nicht, sondern erklärte mit Schreiben ihres Rechtsfreundes vom 2.1.1997, die Mängelbehebungskosten hinsichtlich des Tischkühlers, die sie mit DM 175.299 bezifferte, gegen die Forderung der Klägerin aufzurechnen.

Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt die klagende Partei von der Beklagten für die Lieferung der vier Ventilator Kühler den Rechnungsbetrag von DM 60.815,20 (sA), zahlbar in österreichischen Schilling.

Die beklagte Partei, die ihrerseits in der von ihr danach erhobenen Widerklage DM 175.299 von der Klägerin als Schadenersatz aus dem Geschäftsfall «Tischkühler» forderte, beantragte die Klage abzuweisen. Die Klägerin habe zufolge der mit Schreiben vom 2.1.1997 erklärten außergerichtlichen Aufrechnung von ihr nichts mehr zu fordern.

Dem wurde von der klagenden Partei, soweit im Revisionsverfahren noch wesentlich, erwidert, die Mängel des Tischkühlers seien, soweit sie rechtzeitig gerügt wurden, am 3.7.1996 behoben worden. Die weitere Bemängelung sei sowohl nach ihren, dem Geschäft zugrundegelegten LZB als auch nach Handelsrecht verspätet.

Nach den LZB könnten Mängelrügen nur innerhalb von 8 Tagen schriftlich erfolgen. Außerdem sei die Haftung für unsachgemäß vorgenommene Montage bzw. Inbetriebnahme und die Haftung für Folgeschäden ausgeschlossen. Der angebliche Sanierungsaufwand von DM 175.299 stehe aber auch in keiner Relation zum Wert des Liefergegenstandes und sei daher unverhältnismäßig. Es sei deshalb von einem unbehebbareren Mangel auszugehen. Der Liefergegenstand sei nicht wieder zurückgestellt worden, sodass die Beklagte das Entgelt von DM 21.144,60 schulde.

Die beklagte Partei brachte – für den Fall, dass UN-Kaufrecht anzuwenden sei – zuletzt noch vor, die Klägerin habe, da sie bei Abschluss des Kaufvertrages über den Tischkühler in Kenntnis

darüber gewesen sei, wo und unter welchen Bedingungen dieser eingebaut werde, voraussehen müssen, dass im Fall der mangelhaften Erfüllung ein Schaden in Klagshöhe entstehen könne.

Dies wurde von der klagenden Partei bestritten.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es ging dabei von dem von ihm festgestellten, zum wesentlichen Teil bereits eingangs zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt aus. Hervorzuheben sind auch noch die weiteren Feststellungen, wonach der Beklagten im Zuge der Sanierung des Tischkühlers bzw. der Ersatzvornahme Kosten von DM 73.608,26 entstanden, worin u.a. auch die Kosten der Miete eines im Sommer 1996 eingesetzten Ersatzgerätes von zusammen DM 34.593 und die Kosten eines zur Beweissicherung eingeholten Sachverständigengutachtens von S 25.800,-- (= DM 3.685,70) enthalten sind.

15

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Ansicht, die LZB der klagenden Partei seien Vertragsinhalt geworden. Nach diesen Bedingungen sei deutsches Recht anzuwenden und von den §§ 373 f. dHGB auszugehen.

16

Das UN-Kaufrecht komme nicht zur Anwendung, da die Ventilator Kühler und der Tischkühler jeweils Individualanfertigungen seien und daher die Werkleistung überwiege. Die klagende Partei habe grundsätzlich Anspruch auf Zahlung von DM 60.815,20 für die Lieferung der Einzelkreis-Ventilator Kühler. Die Beklagte habe aber gegen diesen Anspruch gemäß § 387 f. BGB berechtigterweise Aufrechnung erklärt. Nachdem ihr die Klägerin einen mangelhaften Zweikreis-Tischkühler geliefert habe und ab dem 15.7.1996 nicht mehr bereit gewesen sei, die berechtigt geltend gemachten Mängel zu beheben oder einen Austausch vorzunehmen, sei die Beklagte gezwungen gewesen, selbst Mängelbehebungen durchzuführen. Die Kosten hierfür hätten die Klagsforderung überstiegen, sodass diese durch außergerichtliche Aufrechnung getilgt worden sei.

17

Das Berufungsgericht bestätigte die Abweisung von DM 35.329,56 als Teilurteil und änderte die erstinstanzliche Entscheidung im Übrigen in teilweiser Stattgebung der Berufung der Klägerin dahin ab, dass es das Ersturteil im Umfang der Abweisung der restlichen DM 25.485,64, zahlbar in österreichischen Schilling, sowie im Kostenpunkt aufhob und die Rechtssache insoweit zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwies, wobei es aussprach, dass die Revision und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig seien.

18

Auf die Vertragsbeziehungen der Streitteile sei das Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf (CISG; in der Folge: UN-K) anzuwenden, weil zwischen den Parteien, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten (Mitgliedsstaaten des Übereinkommens) haben, ein den Kaufverträgen über Waren gemäß Art. 3 Z. 1 UN-K gleichstehender Werklieferungsvertrag abgeschlossen worden sei. Das UNK enthalte keine abschließende Regelung aller Rechte, die aus der Lieferung von Waren entstehen können; insbesondere enthalte das UN-K keine besondere Regelung für die Beurteilung, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen als Bestandteil eines Angebotes zu qualifizieren sind. Diese Frage sei nach den allgemeinen Grundsätzen des Art. 14 UN-K zu beurteilen, die das äußere Zustandekommen eines Vertrages abschließend regelten. Demnach müssten die AGB (hier die LZB der Klägerin), um

19

in einen Vertrag einbezogen werden zu können, nach dem dem Adressaten erkennbaren Willen der erklärenden Partei (Art. 8 Abs. 1 und 2 UN-K) Bestandteil des Angebotes geworden sei. Dies könne auch stillschweigend geschehen oder sich auf Grund der Verhandlungen zwischen den Parteien oder aus einer zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheit ergeben. Im vorliegenden Fall stehe fest, dass die Beklagte die Allgemeinen Lieferbedingungen der Klägerin inhaltlich kannte. Weiters sei festgestellt worden, dass die Klägerin in ihrem Angebot zur Lieferung des Zweikreis-Tischkühlers auf die Geltung ihrer LZB hingewiesen und die beklagte Partei diesbezüglich keinen Widerspruch erhoben habe. Die Allgemeinen Lieferbedingungen (LZB) der klagenden Partei seien somit Vertragsinhalt geworden.

Die darin enthaltene Regelung, dass sich die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien ausschließlich nach dem in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Recht richteten, bedeute keinen nach Art. 6 UN-K prinzipiell (vorbehaltlich des Art. 12 UN-K) möglichen vollständigen Ausschluss der Geltung dieses Übereinkommens, da der betreffenden Bestimmung der LZB nicht entnommen werden könne, dass damit (nur) das nationale unvereinlichte Recht gemeint sei. Soweit nicht andere Bestimmungen der LZB Abweichungen vorsähen, sei daher das UN-K auf den vorliegenden Rechtsfall anzuwenden.

20

Nach den LZB der klagenden Partei sei die unverzügliche Untersuchung der Ware und die rechtzeitige Rüge offensichtlicher Mängel für die Mängelhaftung des Verkäufers bedeutsam. Hingegen verliere der Käufer, der die Mängel gemäß Art. 39 UN-K nicht ordnungsgemäß gerügt habe, in der Regel alle Rechte hinsichtlich dieser Mängel, die ihm aus Art. 45 ff. UN-K zustünden, sofern nicht die Ausnahmen der Art. 40 und 44 UN-K vorlägen. Insbesondere setze ein Schadenersatzanspruch hinsichtlich eines Sachmangels voraus, dass der Käufer einen Erfüllungsmangel in ordnungsgemäßer Form und innerhalb der bestehenden Fristen gemäß Art. 39 UN-K gerügt habe; auch die Ansprüche auf Ersatzlieferung und Nachbesserung nach Art. 46 Abs. 2 und 3 UN-K kämen nur unter dieser Voraussetzung in Betracht. Die Rechtsfolgen des Art. 39 UN-K würden allerdings nicht eintreten, wenn sie abbedungen seien oder wenn der Verkäufer auf die Einhaltung der Rügeförmlichkeiten verzichtet habe oder die Berufung hierauf Treu und Glauben widerspräche. Ein Rügeverzicht könne etwa darin liegen, dass sich der Verkäufer auf eine verspätete oder unsubstantiierte Rüge einlasse und Abhilfe anbiete. Ein solcher Rügeverzicht müsse auch auf der Grundlage der LZB der klagenden Partei angenommen werden, soweit sie sich auf eine nach diesen Bedingungen verspätete oder unsubstantiierte Rüge eingelassen und Abhilfe angeboten habe. Sie könne sich daher insoweit nicht darauf berufen, dass die beklagte Partei die Ware nicht unverzüglich untersucht und offensichtliche Mängel nicht innerhalb von 8 Tagen schriftlichen gerügt habe, wenn die Klägerin bezüglich solcher (bei unverzüglicher Untersuchung feststellbarer und nicht innerhalb von 8 Tagen gerügter offensichtlicher Mängel) Verbesserung angeboten habe. Über die inhaltlichen Erfordernisse der Mängelrüge enthielten die LZB keine Regelung, sodass hier jedenfalls UN-Kaufrecht heranzuziehen sei, welches außerdem bezüglich der nicht geregelten Frist für die Rüge anderer als offensichtlicher Mängel maßgeblich bleibe.

21

Gemäß Art. 38 UN-K habe der Käufer die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlaubten. Gemäß Art. 39 Abs. 1 UN-K müsse er dem Verkäufer eine Vertragswidrigkeit der Ware innerhalb einer angemessenen

22

Frist nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt habe oder hätte feststellen müssen, anzeigen und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnen. Die Untersuchungsfrist beginne in dem Zeitpunkt, in dem die Ware dem Käufer am Lieferort zur Verfügung stehe. Ihre Dauer hänge von den objektiven Umständen des Einzelfalles, vor allem von der Art der Ware und des Mangels sowie den Notwendigkeiten der Untersuchung ab, ferner von dem für die Untersuchung erforderlichen Zeitaufwand, etwa für technische Prüfverfahren, Probeläufe etc. Als grober Orientierungswert könne eine Untersuchungsfrist von einer Woche (5 Arbeitstage) gelten. Es habe eine angemessene handelsübliche Untersuchung stattzufinden, die gründlich und fachmännisch sein müsse. Bei schwer überprüfbaren Eigenschaften der Ware (etwa technisch kompliziertes Funktionieren) müsse der Käufer gegebenenfalls Sachverständige einschalten, doch seien andererseits unzumutbar kostspielige oder aufwendige Untersuchungen nicht durchzuführen.

Für die Anzeige der Mängel gelte nach Art. 39 UN-K eine angemessene Frist. Sie beginne bei offenen Mängeln unmittelbar mit dem Ablauf der kurzen Untersuchungsfrist des Art. 38 UN-K, bei nicht erkennbaren Mängeln, sobald der Käufer einen derartigen Mangel tatsächlich feststelle. Ernsthaften Anhaltspunkten für Fehler müsse der Käufer allerdings nachgehen. Als grober durchschnittlicher Orientierungswert könne eine Anzeigefrist von einer Woche angesetzt werden. Damit ergebe sich als Anhaltswert für die gesamte Untersuchungs- und Anzeigefrist eine Dauer von etwa 14 Tagen. Die Lieferbedingungen der klagenden Partei wichen hievon nur insofern ab, als offensichtliche Mängel ausdrücklich innerhalb von 8 Tagen nach Eingang der Ware schriftlich zu rügen seien. Die Verpflichtung zur unverzüglichen Untersuchung der Ware nach Empfang lasse dagegen nicht erkennen, dass strengere Anforderungen als nach Art. 38 Abs. 1 UN-K gewollt seien.

23

Die inhaltlichen Anforderungen der Mängelanzeige dürften nicht überspannt werden. Die Mängelanzeige müsse die Vertragswidrigkeit so hinreichend genau bezeichnen, um den Verkäufer in die Lage zu versetzen, angemessen auf sie reagieren zu können. Zu näheren Angaben sei der Käufer – außer bei Mengenabweichungen – nur insoweit verpflichtet, als er das Ausmaß der Vertragswidrigkeit mit zumutbarem Aufwand innerhalb der Rügefrist feststellen könne. Jeder Mangel sei für sich zu substantiieren. Die Anzeige eines Mangels wahre nicht die Rügeobliegenheit hinsichtlich weiterer, ebenfalls vorliegender oder später auftretender Mängel. Diese seien gegebenenfalls erneut zu rügen. In seiner Mängelanzeige brauche der Käufer noch nicht mitzuteilen, welche Mängelrechte er geltend machen will. Sowohl für Erfüllungsansprüche (vgl. Art. 46 Abs. 2 und 3 UN-K) wie für die Vertragsaufhebung (Art. 49 UN-K) habe er hierfür eine weitere angemessene Frist zur Verfügung. Minderung und Schadenersatz könne er – nur nach Art. 39 Abs. 2 UN-K und durch Verjährungsvorschriften beschränkt – geltend machen.

24

Unter Zugrundelegung dieser Rechtslage behaupte die klagende Partei zu Unrecht, dass Mängel verspätet gerügt worden seien. Der konstruktionsbedingte Mangel der nicht entsprechenden Kühlleistung sei im Zuge der provisorischen Inbetriebnahme im Herbst 1996 erstmals erkennbar gewesen. Auch die mangelhafte Entlüftung der Anlage sei konstruktionsbedingt gewesen. Eine Mängelrüge, die für die klagende Partei ausreichenden Anlass geben hätte können, diese konstruktionsbedingten Fehler – allenfalls durch Ersatzlieferung – zu beseitigen, sei

25

längst vorgelegen. Schon beim ersten Probelauf sei nämlich festgestellt worden, dass die Kühlregister falsch eingebaut waren, wodurch die vereinbarte Kühlleistung nicht erbracht werden können.

Dieser Mangel sei sofort gerügt worden, die Anweisung der Klägerin, die Lüftrichtung der Ventilatoren umzudrehen, habe keine Dauerlösung und damit keine Mängelbehebung dargestellt. Erst nach konstruktionsgemäßer Anordnung der Kühlregister habe die beklagte Partei erstmals feststellen können, dass auch bei dieser Beschaffenheit des Gerätes die vereinbarten Leistungsdaten der Kühlwerte nicht erreicht wurden.

26

Neben den von der Beklagten erhobenen optischen Mängeln, die allesamt bis 3.7.1996 gerügt worden seien, sei hinsichtlich der zu hohen Schallpegelwerte auch auf die Rüge im Fax vom 12.6.1996 zu verweisen. Auch insoweit liege auf Grund des Rügeverzichtes, der aus der Feststellung abzuleiten sei, dass die klagende Partei mit Schreiben vom 25.6.1996 die gerügten Mängel akzeptiert habe, eine rechtzeitige Mängelrüge vor. In der schriftlichen Mängelrüge vom 3.6.1996 sei u.a. bereits auf die zu hohe Ladelufttemperatur hingewiesen worden.

27

Der Anspruch auf Nachbesserung (Art. 46 Abs. 3 UN-K) sei, wie der Anspruch auf Ersatzlieferung, eine besondere Ausprägung des allgemeinen Erfüllungsanspruches. Er setze voraus, dass die gelieferte Sache mangelhaft sei und der Mangel rechtzeitig gerügt worden sei, wovon im vorliegenden Fall auszugehen sei.

28

Selbstverständliche Voraussetzung sei, dass der Mangel überhaupt durch Reparatur behebbar sei. Die Verbesserung dürfe für den Verkäufer unter Berücksichtigung aller Umstände auch nicht unzumutbar sein (Art. 46 Abs. 3 UN-K). Unzumutbarkeit sei vor allem dann gegeben, wenn die Nachbesserung für den Verkäufer unverhältnismäßig kostspielig sei. Das Verhältnis der Nachbesserungskosten zum Kaufpreis spiele dabei aber keine Rolle. Die Beweislast (und die Behauptungslast) für die Tatsachen, aus denen die Unzumutbarkeit der Nachbesserung hergeleitet werden, treffe den Verkäufer, da die Nachbesserungspflicht die Regel, Unzumutbarkeit die Ausnahme sei. Bei Unzumutbarkeit der Nachbesserung habe der Käufer im Falle eines objektiv erheblichen Mangels Anspruch auf Ersatzlieferung (Art. 46 Abs. 2 UN-K) oder Vertragsaufhebung (Art. 49 UN-K), die der Verkäufer durch das Angebot prompter Ersatzlieferung abwenden könne. Der Käufer müsse innerhalb angemessener Frist nach der Mängelrüge eine eindeutige Erklärung abgeben, dass er Nachbesserung verlange, sonst sei dieser Anspruch ausgeschlossen.

29

Der vorliegende Sachverhalt sei durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass eine als Folge der technischen Konstruktionsmängel in Betracht zu ziehende Unmöglichkeit der verlangten Nachbesserung (Reparatur) der optischen Mängel im Zeitpunkt des Verlangens der Nachbesserung noch nicht erkennbar gewesen sei. Nehme der Verkäufer die Nachbesserung nicht innerhalb angemessener Frist vor, könne der Käufer den Mangel selbst beheben oder durch Dritte beheben lassen und dem Verkäufer die Kosten als Schadenersatz (Art. 45 Abs. 1 lit. b UN-K) in Rechnung stellen. Der Käufer könne den Mangel auch dann auf Kosten des Verkäufers selbst beheben lassen (diesem auch dann als Schadenersatz in Rechnung stellen), wenn dem Verkäufer die Nachbesserung nicht zuzumuten sei, also ein Nachbesserungsanspruch gemäß

30

Art. 46 Abs. 3 UN-K nicht gegeben sei. Allerdings dürfe der Käufer dabei keinen unvernünftigen Aufwand treiben (Art. 77 UN-K): Stünden die Nachbesserungskosten in keinem angemessenen Verhältnis zum Nutzen der Nachbesserung für den Käufer, so seien sie nicht ersatzfähig. Hieraus folge, dass die aufgerechnete Gegenforderung insoweit bestanden habe, als die Kosten der Ersatzvornahme – gemessen am Nutzen der Nachbesserung für den Käufer (also unter Berücksichtigung der für ihn gegebenen Situation) – angemessen seien. Es sei daher bedeutsam, dass die Beklagte beträchtlichen Schadenersatzansprüchen ausgesetzt gewesen wäre, was sie der klagenden Partei auch mitgeteilt habe.

Auf Grund der nach diesen Grundsätzen als Schadenersatz gebührenden Kosten der Mängelbehebung und der gegebenen Situation (Termindruck, Bestellung eines Ersatzgerätes bei einer Drittfirma hätte mehrere Monate in Anspruch genommen, die grundlegenden Konstruktionsmängel waren noch nicht erkennbar und es drohten erhebliche Schadenersatzforderungen) seien daher die Ersatzvornahmekosten für die Behebung der «optischen» Mängel grundsätzlich zu Recht aufgerechnet worden. Sie erschienen zumindest in der Höhe der durch diese Aufrechnung getilgten Klagsforderung ungeachtet des schon damit gegebenen Missverhältnisses zum Wert der ursprünglichen Lieferung von ca. DM 21.000 noch nicht unangemessen.

31

Beim konkreten, vom Erstgericht mit insgesamt DM 73.608,26 festgestellten Aufwand sei jedoch der nach den LZB der klagenden Partei vereinbarte grundsätzliche Ausschluss der Haftung für Folgeschäden zu beachten. Die Mietkosten für die Bereitstellung eines Ersatzgerätes fielen ebenso darunter, wie die «Beweissicherungskosten».

32

Von den vom Erstgericht festgestellten Mängelbehebungskosten von DM 73.608,26 seien daher die Mietkosten von insgesamt DM 34.593 sowie die Kosten für die Beweissicherung von (umgerechnet) DM 3.685,70 abzuziehen, sodass die Schadenersatzforderung, mit der aufgerechnet wurde, nur mit DM 35.329,56 zu Recht bestehe (DM 73.608,26 minus DM 38.278,70). In diesem Umfang sei die abweisliche Entscheidung des Erstgerichtes zu bestätigen. Dem Einwand der Klägerin, von diesen Kosten sei nur der Nettobetrag heranzuziehen, weil die Beklagte vorsteuerabzugsberechtigt sei und die Umsatzsteuer im Wege der Verrechnung mit dem Finanzamt bereits zurückerhalten habe, sei entgegenzuhalten, dass letzteres nicht festgestellt worden sei und es sich um eine Schadenersatzforderung handle. Nach st. Rsp. sei die Umsatzsteuer im Ersatzprozess unabhängig von einer eventuellen Vorsteuerabzugsberechtigung zuzusprechen. Die von der Klägerin reklamierte Gegenverrechnung mit dem Preis des Zweikreis-Tischkühlers scheitere nicht nur an der zu verneinenden Möglichkeit einer Gegenrechnung, sondern zunächst schon daran, dass es selbst an der Erklärung fehle, mit der Kaufpreisforderung gegenzurechnen. Die Klägerin habe lediglich darauf hingewiesen, dass ihr diese Forderung zustünde.

33

Hinsichtlich des verbliebenen Betrages der Klagsforderung von DM 25.485,64 sei die Rechtsache noch nicht entscheidungsreif. Es sei nicht ausgeschlossen, dass die mit einer behaupteten Gesamtforderung von ca DM 175.000 erklärte Aufrechnung auch noch in diesem Umfang berechtigt sei. Das Erstgericht habe festgestellt, dass sich der Betrag von DM 73.608,26 «insgesamt allein aus diesen Positionen» nämlich den vom Erstgericht angeführten Mängelbehebungskosten, ergebe. Schon in dieser Wendung komme zum Ausdruck, dass weitere geltend gemachte Positionen dahingestellt geblieben seien. Die von der beklagten Partei behauptete

34

gesamte Schadenersatzforderung beinhalte tatsächlich auch Planungs- und Montagekosten im Betrag von S 525.200,--, die vorerst ausgeklammert worden seien. Die den Rechtskraftvorbehalt und den Ausspruch der Zulässigkeit der Revision rechtfertigende bedeutsame Rechtsfrage i.S.d. § 502 Abs. 1 ZPO stelle sich in Bezug auf die Beurteilungskriterien für das nach UN-Kaufrecht angemessene Verhältnis der Kosten der Behebung der Mängel zum Nutzen der Nachbesserung für den Käufer, wozu eine höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle. Aus den dargestellten allgemeinen Kriterien ergebe sich die konkrete Lösung des Einzelfalles noch nicht unmittelbar.

Gegen die Entscheidung der zweiten Instanz richtet sich die Revision der klagenden Partei, die unrichtige rechtliche Beurteilung geltend macht und – im Ergebnis – eine Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen im Sinne einer Klagsstattgebung beantragt (das Rechtsmittel der Klägerin bekämpft – auch argumentativ – nicht nur das Teilurteil, sondern auch den aufhebenden Teil der Entscheidung des Berufungsgerichts und ist daher sowohl als Revision, als auch – da die unrichtige Benennung eines Rechtsmittels gemäß § 84 Abs. 2 ZPO nicht schadet, wenn das Begehren [wie hier] deutlich erkennbar ist – als Rekurs zu betrachten und zu behandeln); hilfsweise wird von der Rechtsmittelwerberin auch ein Aufhebungsantrag gestellt. Die beklagte Partei hat eine Revisionsbeantwortung erstattet und darin beantragt, das (Teil)Urteil des Berufungsgerichtes zu bestätigen.

35

Das Rechtsmittel der Klägerin ist zulässig, soweit es sich gegen den aufhebenden Teil der angefochtenen Entscheidung wendet, allerdings nicht berechtigt. Der Anfechtung des Teilurteils kommt hingegen im Sinne des diesbezüglich eventualiter gestellten Aufhebungsantrags Berechtigung zu.

36

Die zentrale Streitfrage des vorliegenden Prozesses lautet, ob bzw. inwieweit die an sich unstrittige Klagsforderung durch eine aus dem Geschäftsfall «Tischkühler» resultierende Gegenforderung der Beklagten durch außergerichtlich erklärte Aufrechnung kompensiert ist, oder nicht. Da die Klägerin auch in der Revision am Begehren nach einem dreigliedrigen Urteilspruch festhält, ist sie zunächst nochmals auf die bereits vom Berufungsgericht erläuterte Unterscheidung zwischen einem Schuldtilgungseinwand auf Grund außergerichtlicher Aufrechnungserklärung und einer prozessualen Aufrechnungseinrede hinzuweisen. Die Beklagte hat im vorliegenden Fall eine außergerichtliche Kompensation geltend gemacht. Diese wird im Gegensatz zur Aufrechnungseinrede unbedingt erklärt; sie setzt also die Anerkennung der Hauptforderung voraus (EvBl 1979/171; 8 ObA 293/99t, RIS-Justiz RS0033970) und führt bei erfolgreicher Geltendmachung zur Klagsabweisung. Zustimmung des Gegners ist nicht erforderlich (SZ 43/60; RZ 1973/85; SZ 50/35; RIS-Justiz RS0033835). Wurde die Aufrechnung mit Schuldtilgungseinwand vorgenommen, dann hat das Gericht nur über die Berechtigung des Klagebegehrens selbst zu erkennen, dabei aber zu berücksichtigen, ob und inwieweit die Klagsforderung bei Schluss der mündlichen Verhandlung durch Aufrechnung getilgt ist (8 ObA 293/99t, ARD 5123/1672000; 3 Ob 49/99y u.a.). Auch nach deutschem Recht hat eine entsprechende Aufrechnungserklärung die Wirkung der Tilgung der Hauptforderung und ist damit Erfüllungssurrogat (*Palandt*, BGB⁶⁰, § 387 Rz. 1, § 389 Rz. 1; *Staudinger*, BGB II §§ 362 bis 396, S. 222, 223; *Fikentscher*, Schuldrecht⁸, Rz. 292). Im Hinblick auf die von der beklagten

37

Partei mit Schreiben vom 2.1.1997 außergerichtlich erklärte Aufrechnung ist also von der Anerkennung der Klagsforderung durch die Beklagte auszugehen und nur mehr die Berechtigung der Gegenforderung strittig und daher zu untersuchen.

Dabei bilden die Anwendung des am 1.1.1989 in Österreich (BGBl. 1988/96) und am 1.1.1991 in Deutschland (BGBl. 1990/303) in Kraft getretenen Wiener UN-Kaufrechts (und subsidiär deutschen Rechts) sowie die Geltung der Allgemeinen Liefer- und Zahlungsbedingungen (LZB) der Klägerin im Revisionsverfahren keinen Streitpunkt mehr, weshalb es genügt, auf die betreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts zu verweisen, die mit der z.T. schon vom Berufungsgericht zitierten Lehre und Rechtsprechung zu den einschlägigen Bestimmungen der Art. 1, 3, 6, 8 und 14 UN-K übereinstimmen (vgl. etwa *Siehr*, in Honsell, Komm UN-Kaufrecht, Art. 3 Rz. 3; *Karollus*, UN-Kaufrecht, 22, 23; *Posch* in Schwimann² V, Art. 3 UN-K Rz. 2; *Magnus*, in Staudinger [1999], Art. 3 CISG Rn. 13 ff.; *Siehr*, a.a.O., Art. 6 Rz. 4, 7 und 13; *Magnus*, a.a.O., Art. 6 Rn. 8 ff.; *Schnyder/Straub*, in Honsell, Art. 14 Rz. 55 und 56; *Schlechtriem*, in Schlechtriem, Komm UN-Kaufrecht³, Art. 14 Rz. 16; *Magnus*, a.a.O., Art. 14 Rz. 40 f.; 10 Ob 518/95, SZ 69/26 = RIS-Justiz RS0104921; 2 Ob 328/97t, SZ 71/21; 1 Ob 292/99v, RIS-Justiz RS0113574).

38

Nach der vom Berufungsgericht richtig dargestellten Rechtslage sind (da die Bestimmungen des UN-K gemäß Art. 6 – mit Ausnahme des hier nicht in Betracht kommenden Art. 12 – abdingbar sind) vor allem die Bestimmungen der LZB der Klägerin und, soweit diese nicht davon abweichen, die Normen des UN-K maßgebend. Unter Anwendung der die Untersuchungs- und Rügepflicht regelnden Bestimmungen der Art. 38 und 39 UN-K, der die dem Käufer bei einer Vertragsverletzung des Verkäufers zustehenden Rechtsbehelfe darstellenden Art. 45 ff. UN-K sowie der den Schadenersatzanspruch der vertragstreuen Partei regelnden Art. 74 ff. UN-K, ist das Berufungsgericht zum Ergebnis der (grundsätzlichen) Berechtigung der Gegenforderung gelangt.

39

Diese Rechtsmeinung ist zu billigen, wobei auch hier auf die zutreffenden Ausführungen des Gerichts II. Instanz verwiesen werden kann (§ 510 Abs. 3 ZPO), dessen Rechtsmeinung insbesondere auch mit der in 2 Ob 191/98x, JBl 1999/318 entwickelten und in 1 Ob 223/99x bekräftigten Judikatur des Obersten Gerichtshofes zur gemäß Art. 38 und 39 UN-K zur Verfügung stehenden Untersuchungs- und Rügefrist im Einklang steht: Danach richtet sich die kurze Frist für die Untersuchung insbesondere nach der Größe des Unternehmens des Käufers (Werkbestellers), der Art der zur untersuchenden Ware, ihrer Komplexität oder Verderblichkeit oder dem Charakter als Saisonware, der Art der in Frage kommenden Menge, der Aufwendigkeit der Untersuchung u. dgl. (RIS-Justiz RS0110999). Dabei sind die objektiven und subjektiven Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen, insbesondere die betrieblichen und persönlichen Verhältnisse des Käufers, Eigenarten der Ware, der Umfang der Warenlieferung oder die Art des gewählten Rechtsbehelfs (RIS-Justiz RS0111000). Wenngleich die Fristen für die vorzunehmende Untersuchung und für die Rüge weniger streng als nach § 377 HGB («unverzüglich») zu beurteilen sind, sind die nach Art. 38 und 39 UN-K einzuhaltenden angemessenen Fristen keine langen Fristen. Jedenfalls muss die angemessene Frist des Art. 39 UN-K den jeweiligen Umständen entsprechend angepasst werden.

40

Die Revisionswerberin wendet im Wesentlichen lediglich weiterhin ein, die Beklagte habe hinsichtlich der sog. Konstruktionsmängel ihrer Rügepflicht nicht (rechtzeitig) entsprochen. Sie unterstellt dabei allerdings – abweichend von den unstrittigen bzw. vom Berufungsgericht ausdrücklich gebilligten erstgerichtlichen Feststellungen –, dass die Beklagte Konstruktionsmängel zunächst (mit den Schreiben vom 3.6.1996, 12.7.1996 und 23.7.1996 sowie 31.7.1996) nicht gerügt habe. Da die betreffende Rechtsrüge damit nicht vom festgestellten Sachverhalt ausgeht, ist sie insoweit nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt und unbeachtlich.

41

Zutreffend hat schon das Berufungsgericht ausgeführt, dass die inhaltlichen Anforderungen der Mängelanzeige nicht überspannt werden dürfen. Die Rüge muss zwar insofern spezifiziert sein, als sie die Vertragswidrigkeit genau beschreiben muss. Pauschale Aussagen und allgemein formulierte Beanstandungen genügen in diesem Zusammenhang nicht den inhaltlichen Anforderungen, die an eine Rüge zu stellen sind (*Posch*, a.a.O., Art. 39 UN-K Rz. 7 m.N. aus der dt. Rsp.), um den Verkäufer in die Lage zu versetzen, angemessen reagieren zu können. Nach h.M. muss es aber genügen, wenn dem Verkäufer das wesentliche Ergebnis einer ordnungsgemäßen Untersuchung mitgeteilt wird, sodass er sich ein Bild von einem Mangel machen kann (*Magnus*, in Honsell, Art. 39 Rz. 9 m.w.N.). Ob eine Untersuchung ordnungsgemäß durchgeführt wurde, hängt von den jeweiligen Umständen des Falles ab, insbesondere von der Art der Ware (*Magnus*, a.a.O., Art. 38 Rz. 14 m.w.N.).

42

Der vorliegende Fall ist nun dadurch geprägt, dass der beklagten Partei zufolge der Säumnis der Klägerin eine eingehendere Untersuchung in ihrem Werk verwehrt war und die Ware am Bestimmungsort nur in eingeschränktem Maße untersucht werden konnte, sodass die wesentlichen Konstruktionsmängel nur bedingt erkannt werden konnten. Die Ansicht des Berufungsgerichts, unter diesen Umständen sei von der Beklagten im Hinblick auf die beschränkten Untersuchungsergebnisse, die für sie erzielbar waren, eine inhaltlich ausreichende Mängelrüge erstattet worden, ist zu billigen. Dass die Beklagte die Klägerin, nachdem diese eine (weitere) Mängelbehebung abgelehnt hatte, nicht mehr über ihr weiteres Vorgehen und insbesondere ihre Absprachen mit ihrer Auftraggeberin bezüglich der Mängelbehebungen unterrichtete, kann, wie dem Berufungsgericht ebenfalls beizupflichten ist, an der Erfüllung der Untersuchungs- und Rügepflicht nichts mehr ändern. Der in der Revision aufrecht erhaltene Einwand einer verspäteten und nicht ausreichenden Mängelrüge ist daher nicht stichhältig.

43

Hat der Käufer durch rechtzeitige Anzeige das Recht erhalten, Mängelansprüche geltend zu machen, dann verjähren diese Ansprüche nach dem anwendbaren Verjährungsrecht (*Magnus*, a.a.O., Art. 39 Rz. 36; *ders.*, in Staudinger [1999], Art. 39 Rn. 71). Nach dem hier anzuwendenden deutschen Recht bestimmt sich die Frist, die gemäß Art. 3 VertragsG vom Tag der Mängelanzeige an läuft, grundsätzlich nach § 477 BGB und beträgt sechs Monate. Die Klägerin hält auch den von ihr erstmals in der Berufung erhobenen Einwand der Verjährung aufrecht. Auf ihre betreffenden Ausführungen muss aber nicht näher eingegangen werden, weil ihre (nicht weiter belegte) Behauptung, § 477 BGB sei von Amts wegen zu beachten (da es sich um eine Ausschlussfrist handle) rechtsirrig ist: Die Verjährung ist im Prozess lediglich über Einrede zu berücksichtigen (*Honsell*, in Staudinger [1995], § 477 BGB Rn. 57; *von Feldmann*, in Münch-Komm³, § 222 BGB Rn. 3; *Heinrichs*, in Palandt, BGB⁶⁰, Rz. 1 zu § 222 BGB), die nach deutschem Prozessrecht noch im Berufungsverfahren geltend gemacht werden kann (vgl. etwa *von Feldmann*, a.a.O.), nach dem hier anzuwendenden österreichischen Prozessrecht, das eine § 537

44

dZPO (Nachprüfung von Streitpunkten durch das Berufungsgericht) vergleichbare Bestimmung nicht kennt, jedoch in erster Instanz erhoben werden muss. Da dies im vorliegenden Fall nicht geschehen ist, muss die Verjährungseinrede der klagenden Partei zufolge des Neuerungsverbots des § 482 ZPO unbeachtet bleiben.

Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe, da sie nach Ablehnung eines Verbesserungsbeglehrens berechtigterweise selbst eine Mängelbehebung vorgenommen habe, aus dem Titel des Schadenersatzes gemäß Art. 74 ff. UN-K über eine Gegenforderung verfügt, mit der er gegen die Klagsforderung außergerichtlich aufgerechnet habe, hält damit allen Einwänden der Revision stand; können doch die festgestellten Verbesserungsbemühungen der beklagten Partei nach den ebenfalls festgestellten Umständen doch grundsätzlich auch nicht als unangemessen bezeichnet werden.

45

Der dem vertragstreuen Partner (hier der Beklagten) zufolge der Vertragsverletzung durch die andere Partei (hier die Klägerin) – verschuldensunabhängig (*Magnus*, in Staudinger [1999], Art. 74 CISG Rn. 11 mit w.N.; *Loewe*, Internationales Kaufrecht, 92; *Schönle*, in Honsell, Art. 74 Rz. 2 ff.) nach Art. 74 Satz 1 UN-K zustehende, ausschließlich in Geld zu bezahlende (*Magnus*, a.a.O., Rn. 24; *Posch*, a.a.O., Art. 74 Rz. 4; *Stoll*, in Schlechtriem³, Art. 74 Rn. 25; *Loewe*, a.a.O.) Schadenersatzanspruch hat Ausgleichsfunktion. Der Gläubiger soll durch den Schadenersatz wirtschaftlich so weit wie möglich in diejenige Lage versetzt werden, in der er sich bei ordnungsgemäßer Pflichterfüllung befände (*Magnus*, a.a.O., Rn. 16 m.w.N.). Dem UN-Kaufrechtsübereinkommen liegt das Prinzip des vollen Schadensausgleichs zugrunde (SZ 69/26, RIS-Justiz RS0104937): Grundsätzlich soll nach Art. 74 UN-K der gesamte Verlust einschließlich eines entgangenen Gewinns ersetzt werden (Totalreparation; vgl. *Magnus*, a.a.O., Rn. 19 m.w.N.; *Posch*, a.a.O., Art. 74 Rz. 4). Wie *Magnus*, a.a.O., Rn. 20 ausführt, schützt Art. 74 UN-K damit nicht nur das Interesse des Gläubigers, auf Grund der Vertragsverletzung keine Einbuße an seinen vorhandenen Gütern zu erleiden (Integritätsinteresse, *indemnity interest*). Auch und vor allem ist das Interesse geschützt, die bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung zufließenden Vorteile zu erhalten (Erfüllungsinteresse, *expectation interest*). Bei Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages ist der Gläubiger grundsätzlich (soweit dem Schuldner nicht nach Art. 48 UN-K das Recht zur Nacherfüllung zusteht) berechtigt, selbst durch angemessene Maßnahmen eine der gehörigen Erfüllung entsprechende Lage herbeizuführen und dem Schuldner die Kosten als Schaden in Rechnung zu stellen.

46

Schließlich kann durch Art. 74 UN-K auch das Interesse des Gläubigers daran, dass durch den Vertrag veranlasste Aufwendungen nicht durch Vertragsverletzungen entwertet werden (Vertrauensinteresse, *reliance interest*), geschützt werden: Durch den Vertrag veranlasste Aufwendungen können zu ersetzen sein, wenn feststeht, dass sie ohne das Vertrauen auf die Erfüllung des Vertrages nicht gemacht worden wären und sie durch die Vertragsverletzung ihren Sinn verloren haben. Ferner muss es sich um solche Aufwendungen handeln, die aus der Sicht einer verständigen Person in gleicher Lage (Art. 8 Abs. 2 UN-K) zur Vertragsdurchführung geeignet und angemessen waren (vgl. *Magnus*, a.a.O., Rn. 21 und 53 m.w.N.; vgl. auch *Stoll*, a.a.O., Rn. 3; für unbegrenzte Erstattung frustrierter Aufwendungen jedoch *Schönle*, a.a.O., Art. 74 Rn. 17 und Art. 75 Rn. 6; den Ersatz des Vertrauensschadens ablehnend *Rummel*, Schadenersatz, Höhere Gewalt und Fortfall der Geschäftsgrundlage, in Hoyer/Posch, Das Einheitliche Wiener Kaufrecht, 179).

47

Begrenzt wird der Schadenersatzanspruch nach Art. 74 Satz 2 UN-K allerdings – wie die Revisionswerberin unter Hinweis darauf, dass der behauptete Schadenersatzanspruch der Beklagten den Preis des gegenständlichen Tischkühlers um ein Vielfaches übersteigt, mit Recht einwendet – auf den bei Vertragsschluss vom Gläubiger voraussehbaren Schaden. Die Voraussehbarkeit muss sich – unter Berücksichtigung des Vertragszweckes – auf den Verlust beziehen, der mögliche Folge einer Vertragsverletzung sein kann. Auf die Voraussehbarkeit der Vertragsverletzung oder ein Verschulden daran kommt es dagegen nicht an (*Magnus*, a.a.O., Rn. 32 m.w.N.). Die Voraussehbarkeit des Art. 74 UN-K bezieht sich also allein auf die Schadensfolge als eine bei Vertragsschluss abschätzbare Konsequenz einer möglichen Pflichtverletzung, für die der Schuldner sich nicht gemäß Art. 79 UNK durch den Nachweis entlasten kann, dass die Nichterfüllung seiner Vertragspflichten auf einem außerhalb seines Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht, mit dem er bei Vertragsschluss nicht zu rechnen brauchte und den zu vermeiden oder zu überwinden er nicht verpflichtet ist (*Posch*, a.a.O., Art. 79 Rz. 4).

48

Nach h.M. fordert Art. 74 Satz 2 UN-K nicht die präzise Voraussehbarkeit des Schadens in allen Einzelheiten und gar die ziffernmäßige Höhe des Schadensumfangs (*Magnus*, a.a.O., Rn. 34 m.w.N.). Andererseits genügt nicht die ja stets voraussehbare Möglichkeit, dass eine Vertragsverletzung irgend einen Schaden auslösen werde; ein (typischer) Nichterfüllungsschaden hat allerdings nach h.M. grundsätzlich als voraussehbar zu gelten (*Stoll*, a.a.O., Art. 74 Rn. 38; *Magnus*, a.a.O., Rn. 40 m.w.N.). Notwendig ist, dass der Schuldner erkennen konnte, dass eine Vertragsverletzung einen Schaden im Wesentlichen der Art und des Umfangs auslösen würde, wie er tatsächlich eingetreten ist (*Magnus*, a.a.O., m.w.N.). Grundsätzlich gilt für die Voraussehbarkeit damit ein objektiver Maßstab. Der Schuldner muss mit den Folgen rechnen, die eine verständige Person in seiner Lage (Art. 8 Abs. 2 UN-K) angesichts der konkreten Fallumstände vorausgesehen hätte. Ob er selbst diese Voraussicht tatsächlich hatte, ist ebenso unerheblich wie ein mögliches Verschulden (*Magnus*, a.a.O., Rn. 35 m.w.N.); allerdings kann die subjektive Risikoeinschätzung nicht ganz vernachlässigt werden: weiß der Schuldner, dass eine Vertragsverletzung ungewöhnliche oder ungewöhnlich hohe Schäden auslösen würde, dann sind ihm auch diese Folgen zuzurechnen (*Magnus*, a.a.O., Rn. 36 m.w.N.; vgl. auch *Schönle*, a.a.O., Rn. 25).

49

Auch Mangelfolgeschäden sind, soweit es sich um Vermögensschäden handelt, wie bereits erwähnt, nach dem UN-Kaufrecht grundsätzlich ersatzfähig, wenn der eingetretene Schaden bei Vertragsschluss als hinreichend wahrscheinliche Folge erkannt werden konnte. Voraussehbar sind zB Schadenersatzpflichten, die den Käufer schlechter Ware eigenen Abnehmer gegenüber treffen, soweit die Ersatzpflicht nicht den üblichen Umfang übersteigt (*Magnus*, a.a.O., Rn. 45 m.w.N.). Da im vorliegenden Fall allerdings, wie bereits betont wurde, die Bestimmungen des UN-Kaufrechts verdrängenden LZB der Klägerin den Ersatz von Mangelfolgeschäden ausschließen, hat das Berufungsgericht solche von der Beklagten ebenfalls reklamierte und festgestellte Schäden in Höhe von DM 38.278,70 zutreffend nicht berücksichtigt bzw. ausgeschieden. Dies bildet im Revisionsverfahren auch keinen Streitpunkt mehr.

50

Auf die Begrenzung des Schadensumfangs durch die Vorhersehbarkeitsregel des Art. 74 Satz 2 UN-K hat das Berufungsgericht allerdings nicht Bedacht genommen. Wie eben erläutert, hängt

51

aber die Bestimmung der Höhe des von der Beklagten außergerichtlich gegen die Klagsforderung aufgerechneten Gegenforderung maßgebend auch davon ab, welche möglichen Schadensfolgen eine verständige Person zum Zeitpunkt des Abschlusses des gegenständlichen Werklieferungsvertrages vorausgesehen hätte. Diese Voraussehbarkeit des Schadens im Sinne des Art. 74 Satz 2 UN-K wird, wie ebenfalls bereits dargelegt, durch die konkreten Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestimmt. Diese wurden aber vom Erstgericht, das ja rechtsirrig die Geltung des UN-Kaufrechts überhaupt verneint hat, nicht festgestellt; auch zur subjektiven Risikoeinschätzung der Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wurden keine Feststellungen getroffen. Insbesondere ist auch die von der Beklagten zuletzt noch erhobene Behauptung, die Klägerin habe bei Abschluss des gegenständlichen Kaufvertrages (richtig Werklieferungsvertrages) gewusst, wo und unter welchen Bedingungen der Tischkühler eingebaut werde und sie habe daher voraussehen müssen, dass im Fall der mangelhaften Erfüllung ein Schaden in Klagshöhe entstehen könne, unerörtert geblieben. Insoweit erweist sich das Verfahren – auch im Umfang der mit Teilurteil erfolgten Abweisung von DM 35.329,56 sA – noch als ergänzungsbedürftig.

Bezugnehmend auf den in der Revision neuerlich vorgebrachten Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die Beklagte ist anzumerken, dass der durch eine Vertragsverletzung verursachte Schaden dann nicht ersatzfähig ist, wenn er durch eine angemessene Maßnahme verringert hätte werden können. Eine mögliche Maßnahme der Schadensminderung ist dann angemessen, wenn sie unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben erwartet werden durfte. Dabei ist auf das Verhalten eines verständigen Ersatzberechtigten in gleicher Lage abzustellen (SZ 69/26, RIS-Justiz RS0104931). Eine solche schadensmindernde Maßnahme, die die Beklagte unterlassen hätte, wird von der Revision nicht aufgezeigt und ist auch nicht zu erkennen. Es ist in diesem Zusammenhang nochmals zu erwähnen, dass es ein Spezifikum des vorliegenden Falles darstellt, dass die Vertragsverletzung der säumigen Klägerin die Beklagte in einen Termindruck versetzte, der vorerst nur eine provisorische Mangelbeseitigung zuließ und eine entsprechend eingehende Untersuchung des Werkes im Unternehmen der Beklagten verhinderte und mehrere Transporte des Tischkühlers zum Unternehmen der Beklagten in Linz notwendig machte. Unter dem Blickwinkel des Art. 74 Satz 2 UN-K ergibt sich daher die Notwendigkeit der Untersuchung, inwieweit eine verständige Person i.S.d. Art. 8 Abs. 3 UN-K nach den der Klägerin beim Vertragsabschluss bekannten Umständen derartige Probleme und Aufwendungen vorhersehen hätte können bzw. müssen; allenfalls auch ob oder inwieweit ein die auf diese Weise feststellbare vorhersehbare Schädigung übersteigernder, unmittelbar aus der Vertragsverletzung der Klägerin resultierender Schaden der Beklagten von der Klägerin bei Vertragsabschluss etwa tatsächlich vorhergesehen wurde. Da es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, wäre der vom Berufungsgericht betonte Umstand, dass die Klägerin über drohende Schadenersatzansprüche der Auftraggeberin der Beklagten informiert wurde, in diesem Zusammenhang nur dann von entscheidungswesentlichem Belang, wenn diese Mitteilung noch vor oder spätestens bei Vertragsabschluss erfolgt wäre.

Um die Frage der Vorhersehbarkeit i.S.d. Art. 74 Satz 2 UN-K nach diesen Kriterien verlässlich beantworten und daher den Umfang der außergerichtlich aufgerechneten Gegenforderung bestimmen zu können, wird das Erstgericht nach entsprechender Verfahrensergänzung die offenen Tatfragen im aufgezeigten Sinne zu klären haben. Die dadurch dann beurteilbare

52

53

Schadensvorhersehbarkeit im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wird für die vom Berufungsgericht als iS des § 502 Abs. 1 ZPO erheblich erkannte Rechtsfrage der Angemessenheit der von der Beklagten geltend gemachten (allenfalls i.S.d. vom Berufungsgericht im Aufhebungsbeschluss erteilten Auftrags noch festzustellenden) Mängelbehebungskosten, von maßgebender Bedeutung sein.

Zum von der Klägerin in der Revision wiederholten Einwand, den von der Beklagten geltend gemachten Kosten sei der Wert des von ihr gelieferten und von der Beklagten ja verwendeten Kühlers gegenüber zu stellen, genügt es, auf die betreffenden, oben wiedergegebenen, zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes zu verweisen (§ 510 Abs. 3 ZPO).

54

Der Hinweis der Revisionswerberin auf Art. 84 Abs. 2 UN-K übersieht, dass eine Vertragsaufhebung gemäß Art. 49 UN-K durch die (dazu als vertragstreuer Teil allein berechnete) Beklagte nicht erklärt wurde, weshalb nach Art. 74 UN-K nur eine Form der Schadensberechnung in Betracht kommt, die auf der Aufrechterhaltung und Durchführung des Vertrages basiert (SZ 69/26; 6 Ob 311/99z; RIS-Justiz RS0104930).

55

Soweit die Klägerin schließlich auch in der Revision wiederum die Umsatzsteuerproblematik anspricht und behauptet, die Beklagte könne Umsatzsteuer, die sie bereits erhalten habe, nicht neuerlich geltend machen, setzt sie sich darüber hinweg, dass dies von ihr in erster Instanz nicht vorgebracht und auch nicht festgestellt wurde. Es genügt daher der Hinweis, dass die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, Umsatzsteuer sei im Ersatzprozess unabhängig von einer eventuellen Vorsteuerabzugsberechtigung zuzusprechen, der st. Rsp. und h.L. entspricht (*Reischauer*, in Rummel², Rz. 25 zu § 1323 m.w.N. aus der Rsp.). Bemerkt sei aber noch, dass der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung EvBl 1976/22 ausgesprochen hat, dass die Umsatzsteuer auch dann zuzusprechen ist, wenn der Abzug (vor Schluss der Verhandlung erster Instanz) bereits vorgenommen wurde. Der Prozess soll nämlich durch Steuerfragen nicht erschwert oder verzögert werden (SZ 53/154 u.a.). Ist der Geschädigte zum Abzug von Vorsteuern berechtigt, so hat der Schädiger gemäß Art. 12 Z. 3 EGUStG einen Rückerstattungsanspruch (SZ 50/26 = JBl 1977, 322), sobald und soweit der Ersatzberechnete die Vorsteuer hätte abziehen können (Art. XII Z. 3 EGUStG). Ob und wann der Vorsteuerabzug tatsächlich vorgenommen wurde, ist nicht entscheidend (SZ 51/78; SZ 53/154). Der Gesetzgeber geht von der abstrakten Möglichkeit des Vorsteuerabzugs aus (SZ 51/78; SZ 53/154). Macht der Geschädigte vom Vorsteuerabzug keinen Gebrauch, so berührt dies den Rückerstattungsanspruch nicht (SZ 53/154; SZ 63/46).

56

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs. 1 ZPO.

57