

CISG-online 794	
Jurisdiction	Austria
Tribunal	Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court)
Date of the decision	27 February 2003
Case no./docket no.	2 Ob 48/02a
Case name	<i>Frozen fish case I</i>

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Schinko als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Tittel, Dr. Baumann, Hon. Prof. Dr. Danzl und Dr. Schaumüller als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei H. J. de B[...] B.V., [...], vertreten durch Dr. Gregor Schett, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Alexander L[...] GmbH, [...], vertreten durch Dr. Peter Kisler und DDr. Karl Pistotnik, Rechtsanwälte in Wien, wegen US \$ 226.895,18 und NLG 94.128,04 jeweils sA (Streitwert EUR 217.103,65) über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 23. Oktober 2001, GZ 2 R 50/01i-24, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 30. November 2000, GZ 25 Cg 135/99i-19 abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung folgenden

1

Beschluss

gefasst:

2

- 1.) Die Revision wird, soweit sie Nichtigkeit geltend macht, verworfen.
- 2.) Im Übrigen wird der Revision Folge gegeben.

Die Entscheidung des Berufungsgerichtes wird aufgehoben und diesem eine neuerliche Entscheidung nach allfälliger Verhandlung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Begründung:

Die klagende Partei begehrt von der beklagten Partei Zahlung von US \$ 226.895,18 sA sowie NLG 94.127,04 sA. Die beklagte Partei habe im Juni 1997 24 Tonnen Scholle zur Probe gekauft, geliefert erhalten und bezahlt. August 1997 habe sie weitere 198 Tonnen dieser Scholle «same as last» gekauft, sich aber in der Folge geweigert, diese Ware zu übernehmen und den Kaufpreis zu bezahlen. Aus der teilweisen Verwertung dieser Scholle habe die klagende Partei einen Erlös von US \$ 20.745,- erzielt. Für die Einlagerung und Versicherung der nicht abgenommenen Ware seien ihr Kosten von NLG 94.127,04 entstanden, wovon sie einen

3

Teilbetrag von NLG 67.574,43 mit der Rechnung Nr. 2131E von der beklagten Partei gefordert habe. Anfang Juli 1997 habe sie der beklagten Partei eine Ladung Hechtdorsch geliefert und den Kaufpreis mit Rechnung Nr. 8189E über US \$ 29.593,20 fakturiert. Die beklagte Partei habe lediglich einen Teilbetrag bezahlt, weshalb US \$ 22.274,20 weiter aushafteten. (Der genaue Klagebetrag setzt sich aus der dem Berufungsurteil zu entnehmenden Aufschlüsselung zusammen.)

Das FDA Health Certificate werde für die Verschiffung nach Europa ausgestellt und bestätige, dass die Fischereiprodukte nach den Standards der einschlägigen EU-Richtlinien erzeugt, verarbeitet, gelagert, transportiert und tiefgefroren worden seien, lasse aber keine Rückschlüsse auf das Fangdatum zu, was der beklagten Partei bekannt gewesen sei. Es sei nicht vereinbart worden, dass die Ware erst in Riga geprüft werden sollte.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die klagende Partei habe in ihrem Anbot vom 10.6.1997 nicht darauf verwiesen, dass es sich um «alte Ware» (aus der Produktion April 1996) handle, weshalb nach den internationalen Handelsgepflogenheiten im Fischgeschäft davon auszugehen sei, dass der Fisch aus der letzten Fangquote stamme. Dies sei durch ein am 6.6.1997 in Seattle ausgestelltes Gesundheitszeugnis bestärkt worden, weil nach den internationalen Gepflogenheiten das «ursprüngliche» Veterinärzeugnis an dem Tag, an dem die Ware vom Fischfangschiff im Fischereihafen ausgeladen, bzw. verladen werde, ausgestellt werde. Die beklagte Partei habe von der klagenden Partei zur Überprüfung der Ware die Zurverfügungstellung von Mustern begehrt, worauf die Klägerin zwei Transportbeutel á 12 kg nach Wien geliefert habe. Die Muster seien jedoch nicht aus der Lieferung gezogen worden, die die klagende Partei auszuliefern versucht habe. Die beklagte Partei habe nach dem Muster einen Container Ware bestellt und auch bezahlt. Es sei mit der klagenden Partei vereinbart gewesen, dass die Prüfung der Ware erst durch ihren Kunden in Riga vorgenommen werde. Dort sei hervorgekommen, dass es sich um alten und kleinen, nicht mustergerechten Fisch handle. Daher habe sie die in Aussicht genommene zusätzliche weitere 200 metrische Tonnen-Bestellung nicht realisiert. Die beklagte Partei habe ihre Zahlung und die daraus resultierende Forderung aus der Rückabwicklung von US \$ 28.272 mit Forderungen der klagenden Partei aus der Lieferung von peruanischen Hechtfilets aufgerechnet. Die klagende Partei habe am 4.12.1997 der beklagten Partei mitgeteilt, dass sie die Möglichkeit habe, 200 Tonnen der Ware zum Preis von US \$ 750,- nach China zu verkaufen, sie habe diese Möglichkeit aber nicht genutzt und daher ihre Schadensminderungspflicht verletzt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf – zusammengefasst – nachstehende wesentliche Feststellungen:

Die klagende Partei hatte im Frühjahr 1997 eine umfangreiche Menge an tiefgekühlter Gelbflossenscholle bei einer amerikanischen Lieferantin bestellt. Die Ware war ursprünglich für einen anderen Abnehmer bestimmt. Da die Ware nicht wie vorgesehen bereits im Mai 1997 ausgeliefert werden konnte und der ursprünglich vorgesehene Abnehmer kein Interesse mehr zeigte, bot der Geschäftsführer der klagenden Partei im Juni 1997 die Ware der beklagten Partei an. Der Geschäftsführer der klagenden Partei wusste stets darüber Bescheid, dass dieser Fisch nicht aus der aktuellen Fangquote von 1997 stammte, sondern bereits im Jahr 1996 gefangen wurde. Es ist im internationalen Hochseefischhandel üblich,

4

5

6

dass bei Kaufgeschäften über tiefgekühlte Ware stets ein aus der aktuellen Fangquote stammender Fisch gemeint ist, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart wird. Ein Fisch, der ein mehr als 6 Monate altes Produktionsdatum aufweist, darf in einige Länder des ehemaligen Ostblocks zum Zwecke des menschlichen Verzehrs nicht mehr eingeführt werden. Auch sonst ist ein Fisch, der aus der vorjährigen Fangquote stammt, nur mehr schwer, bzw. unter erheblichen Preisabschlägen verkäuflich.

Die klagende Partei erhielt am 10.6.1997 die Nachricht, dass die ersten drei Container mit dem Fisch auf dem Seewege nach Europa unterwegs sind. Sie bot der beklagten Partei, mit der sie bereits in Geschäftsbeziehung stand, diese drei Container zum Kauf an. Ein bei der beklagten Partei für den Fischhandel zuständiger Angestellter nahm darauf Kontakt mit einem Geschäftspartner in Riga/Lettland auf, der sich an einem Geschäft interessiert zeige. Der Angestellte der beklagten Partei, der die Fischart Gelbflossenscholle nicht kannte, besorgte sich zwei Säcke tiefgefrorener Gelbflossenscholle, die allerdings nicht aus den hier gegenständlichen Lieferungen stammten und die auch kein Produktionsjahr aufwiesen und ließ sie verkosten. Am 23.6.1997 bot die klagende Partei der beklagten Partei neuerlich die drei Container Gelbflossenscholle mit 24 t pro Container zum Kauf an und bot weiters an, dass die Container auch in das Lager Daalimpex/Holland, mit welchem die beklagte Partei zusammenarbeitete, geliefert werden könnten. Der Angestellte der beklagten Partei teilte mittels Telefax mit, dass die beklagte Partei einen Container bestelle. Dieser sollte zunächst an den Abnehmer in Lettland geliefert werden. Der Geschäftsführer der klagenden Partei wusste, dass die Ware in den «Ostblock» geliefert werden sollte, die genaue Empfängerfirma war ihm aber nicht bekannt. Er teilte dem Angestellten der beklagten Partei nie mit, dass der Fisch aus der Fangquote 1996 stammt. Nach Einlangen der Fische am 26.6.1997 wurde ein Container direkt in das Lager Daalimpex geliefert. Auf den Säcken, mit denen die Ware verpackt war, war das Produktionsdatum April bzw. Mai 1996 deutlich sichtbar aufgedruckt. Die beklagte Partei unterließ es, die Ware zu prüfen und ließ sich auch keine Proben schicken, weil der Container umgehend vom lettischen Abnehmer abgeholt werden sollte. Auf Grund von Verzögerungen, die im Bereich des lettischen Abnehmers lagen, langte die Ware erst Ende August 1997 in Riga ein. Die beklagte Partei hatte bereits Ende Juli 1997 den Kaufpreis für den ersten Container bezahlt.

Da der lettische Abnehmer dem Angestellten der beklagten Partei mitgeteilt hatte, einen größeren Bedarf an diesem Fisch zu haben, bestellte dieser am 7.8.1997 weitere drei Container (72 t) zum Preis, den er für den ersten Container vereinbart hatte. In der Folge bestellte der Angestellte der beklagten Partei die restlichen klagegegenständlichen Lieferungen (71,34 t, 33,111 t) und am 12.8.1997 schließlich weitere 21,684 t.

Zwischen den Parteien war klar besprochen worden, dass es sich bei den bestellten Mengen um die gleiche Ware wie bei dem ersten Container handeln sollte. Die Folgebestellungen vom 7., 8. und 11.8.1997 wurden auch nicht von einer Genehmigung des ersten gelieferten und bereits bezahlten Containers durch den lettischen Abnehmer abhängig gemacht.

Als in der Folge der erste Container in Riga einlangte, stellte sich für die beklagte Partei und deren lettischen Abnehmer erstmals der Umstand heraus, dass der Fisch aus April und Mai 1996 stammte und nicht aus 1997. Aus diesem Grund verweigerte die lettischen

Einfuhrbehörden den Import der Ware zum menschlichen Verzehr. Der lettische Abnehmer rügte das Alter des Fisches bei der beklagten Partei, sendete die Ware umgehend nach Holland zurück und beendete die Geschäftsbeziehung mit der beklagten Partei.

Diese Reklamation teilte die beklagte Partei sofort der klagenden Partei mit und weigerte sich, die im August 1997 bestellte, noch im Lager befindliche Ware zu übernehmen. Sie rechnete ihre behauptete Rückforderung des Kaufpreises für den letztlich nicht weiterverkauften, aber bereits bezahlten Container mit einer Rechnung der klagenden Partei aus einem Geschäft über Hechtdorschfilets auf.

11

Rechtlich führte das Erstgericht aus, das UN-Kaufrecht sei anwendbar. Bei der Lieferung von nicht frischem Fisch handle es sich um mangelhafte Ware, wobei der Mangel wesentlich sei. Die beklagte Partei habe hinsichtlich der den eingeklagten Rechnungen zu Grunde liegenden 198 Tonnen Gelbflossenscholle die rechtzeitige Mängelrüge nicht versäumen können, weil der Mangel bereits vor Übernahme gerügt worden sei. Hinsichtlich der vorhergehenden Lieferung von 24 Tonnen sei auf Art. 40 UN-K zu verweisen, der normiere, dass sich der Verkäufer auf Art. 38 und 39 nicht berufen könne, wenn die Vertragswidrigkeit auf Tatsachen beruhe, die er gekannt habe oder über die er nicht in Unkenntnis sein habe können und die er dem Käufer nicht geoffenbart habe. Aus diesem Grund habe die beklagte Partei zu Recht ihre Forderung auf Rückzahlung des Kaufpreises für den ersten Container gegen die Forderung der klagenden Partei aufgerechnet. Daraus folge auch, aus der Unterlassung der Mängelrüge zur Probeflieferung könne nicht abgeleitet werden, der Mangel sei Grundlage des Kaufvertrages über die Hauptlieferung geworden. Die klagende Partei könne sich nicht darauf berufen, die Hauptlieferung weise dieselben mangelhaften Eigenschaften auf wie die Probeflieferung.

12

Das von der klagenden Partei angerufene Berufungsgericht gab deren Berufung Folge und verpflichtete die beklagte Partei zur Zahlung von US \$ 226.895,18 sA sowie von NLG 94.127,04 sA und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei.

13

Es führte aus, dass die Beweiswürdigung des Erstgerichtes betreffend die bekämpfte Feststellung, der Geschäftsführer der klagenden Partei habe stets darüber Bescheid gewusst, dass der Fisch nicht aus der aktuellen Fangquote 1997, sondern aus 1996 gestammt habe, nicht nachvollziehbar sei. Zwar habe der Geschäftsführer der klagenden Partei ausgesagt, ihm sei das Alter der Gelbflossenscholle beim Kauf nicht bekannt gewesen; wenn aber das Erstgericht das Gegenteil angenommen habe, könne dies am ehesten auf Grund eines Sachverständigengutachtens geschehen, aus welchem sich ergeben müsse, dass der von der Verkäuferin bezahlte Preis unter den damaligen Verhältnisse darauf hinweise, dass nicht frischer, sondern alter Fisch gekauft worden sei.

14

Ebenfalls überzeuge die Beweiswürdigung bezüglich der bekämpften Feststellung, die beklagte Partei habe die Probe nicht überprüft, nicht, doch sei dies ohne Bedeutung.

15

Letztlich müsse die von der klagenden Partei bekämpfte Feststellung, es sei im internationalen Hochseefischhandel üblich, dass bei Kaufgeschäften über tiefgekühlte Ware stets ein aus der aktuellen Fangquote stammender Fisch gemeint sei, ebenso ersatzlos entfallen wie die Feststellung, dass ein Fisch, der ein mehr als sechs Monate altes Produktionsdatum aufweise, in einigen Ländern des ehemaligen Ostblocks zum Zwecke des menschlichen Verzehrs nicht

16

mehr eingeführt werden dürfe. Die beklagte Partei habe sich zwar in der Klagebeantwortung auf Handelsgepflogenheiten hinsichtlich des Hinweises auf das Alter der Ware berufen, dazu aber keine Beweismittel angeboten. Auch die Feststellung, auch sonst sei ein Fisch, der aus der vorjährigen Fangquote stamme, nur schwer, bzw. unter erheblichen Preisabschlägen verkäuflich, müsse entfallen, weil diese Fragen nur von einem Sachverständigen beantwortbar sei. Es könne nicht hingenommen werden, wenn das Erstgericht Usancen oder Sachverständigenfragen durch Zeugen- oder Parteiaussagen belegen wolle.

Das Erstgericht habe zwar die Beweisfrage – soweit angefochten – überwiegend unzutreffend gelöst, doch käme eine Beweisergänzung durch das Berufungsgericht nicht in Frage, wenn das Erstgericht gar keine Beweise oder nur scheinbar Beweise aufgenommen habe und das Berufungsgericht «nicht überprüfend, sondern gleichsam als erste Instanz tätig würde». Da im Übrigen die behaupteten Tatsachenmängel nicht relevant seien, könne – auch vom unrichtigen Sachverhalt ausgehend – die Rechtsfrage behandelt werden.

17

Nach Art. 35 Abs. 1 UN-K habe der Verkäufer Sachen der vertraglich vereinbarten Quantität, Qualität und Art in der vertraglich vereinbarten Verpackung oder dem vertraglich vereinbarten Behältnis zu liefern. Wenn die Parteien eines internationalen Kaufvertrages es verabsäumt hätten, die Anforderungen an die Beschaffenheit der Sache vertraglich festzulegen, erlange der in Art. 35 Abs. 2 UN-K vorgegebene Mindeststandard Relevanz: Ob eine Verletzung der Lieferpflicht vorliege, bemesse sich danach, ob die kaufgegenständliche Ware dem gewöhnlichen oder besonderen Gebrauchszweck entspreche, mit einem Muster bzw. einer Probe übereinstimme oder in üblicher und angemessener Weise verpackt sei. Die Eignung für gewöhnliche Zwecke bestimmten grundsätzlich die Standards im Land des Verkäufers. Die Eignung für gewöhnliche Zwecke schließe nicht ein, dass die Ware den Sicherheits-, Kennzeichnungs- oder Zusammensetzungsvorschriften des Importlandes genüge. Es könne vom Verkäufer nicht erwartet werden, dass er die besonderen Vorschriften im Käufer- oder Verwendungsstaat kenne. Allein daraus, dass der Käufer dem Verkäufer das Bestimmungsland mitgeteilt habe, könne noch nicht abgeleitet werden, dass der Verkäufer verpflichtet sein müsse, die dort geltenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Es sei Sache des Käufers, sich um die besonderen öffentlich-rechtlichen Normen im Verwendungsstaat zu kümmern und sie zum Gegenstand des Vertrages zu machen. Auf bestimmte Vorgaben im Land des Käufers sei nur dann abzustellen, wenn sie ebenso im Verkäuferstaat bestünden oder wenn sie vereinbart oder dem Verkäufer nach Art. 35 Abs. 2 lit. b UN-K bei Vertragsabschluss zur Kenntnis gebracht worden seien.

18

Hier habe die klagende Partei der beklagten Partei einen Container als Muster übersandt. Das Muster sei gekauft, bezahlt und die Hauptlieferung bestellt worden. Die beklagte Partei habe nicht gerügt, dass der Fisch dem Muster nicht entspreche. Erstmals im Telefax vom 27.8.1997 habe sie gerügt, dass die Muster kein Produktionsdatum auf dem Karton gehabt hätten. Dies sei irrelevant, weil der Mustercontainer mit Säcken und nicht mit Kartons beladen gewesen sei. Es sei davon auszugehen, dass die Ware der Probeflieferung entsprochen habe. Da die Probeflieferung nicht zurückgewiesen, sondern im Gegenteil bezahlt und somit konkludent angenommen worden sei, sei die Qualität der Probeflieferung vereinbart worden. Es sei ohne Bedeutung, ob die Probeflieferung untersucht oder gerügt worden sei, weil die beklagte Partei die Probeflieferung jederzeit hätte zurückweisen können. Eine Rüge nach Annahme sei

19

begrifflich ausgeschlossen, weil mit Annahme die Qualität der Probelieferung als vereinbart gelte. Art. 40 UN-K sei hier nicht anwendbar. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zur Frage, ob bei einem Kauf auf Probe Art. 40 UN-K anwendbar sei, ausstehe.

Die beklagte Partei bekämpft diese Entscheidung aus den Revisionsgründen der Nichtigkeit, der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der Aktenwidrigkeit sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung und beantragt die Abänderung der angefochtenen Entscheidung dahingehend, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die klagende Partei beantragt, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, bzw. ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig und im Sinne des Aufhebungsantrages berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs. 1 Z. 9 ZPO liegt allerdings nicht vor. Dieser Nichtigkeitsgrund wird nur dann hergestellt, wenn (u.a.) das Urteil mit sich selbst im Widerspruch steht. Dieser Fall betrifft nur den Spruch, ein Widerspruch in den Gründen reicht nicht aus (vgl. *Kodek* in Rechberger, ZPO² Rz. 12 zu § 477 m.w.N.). Dass das Berufungsgericht einerseits die Beweisrüge in großen Teilen für berechtigt hält, andererseits ausgehend von als unrichtig erkannten Feststellungen sein Urteil begründete, reicht daher nicht aus, den behaupteten Nichtigkeitsgrund zu erfüllen. Bevor auf die Revisionsgründe der Mangelhaftigkeit und der Aktenwidrigkeit eingegangen wird, ist zunächst die Rechtslage klarzustellen.

Im Verfahren wird nicht bestritten, dass grundsätzlich UN-Kaufrecht anzuwenden ist. Nur insoweit bestimmte Fragen im UN-Kaufrecht nicht geregelt sind, ist auf die einschlägigen Normen des kollisionsrechtlich berufenen nationalen Rechts zurückzugreifen (SZ 71/115; 2 Ob 100/00w = RdW 2000, 535 = ZfRV 2000, 231 = IPRax 2001, 149).

Nach Art. 35 Abs. 1 UN-K hat der Verkäufer Sachen der vertraglich vereinbarten Qualität, Quantität und Art in der vertraglich vereinbarten Verpackung oder in dem vertraglich vereinbarten Behältnis zu liefern. Haben die Parteien in ihrem Vertrag keine oder keine ausreichend detaillierte Leistungsbeschreibung nach Abs. 1 getroffen, so greift hilfsweise Abs. 2 ein, der eine Reihe objektiver Kriterien zur Bestimmung der Vertragsmäßigkeit aufstellt. Dabei kommt dem Zweck, dem die Waren zugeführt werden soll, besondere Bedeutung zu. Ob eine Verletzung der Lieferpflicht vorliegt, bemisst sich dann danach, ob die kaufgegenständliche Ware dem gewöhnlichen oder besonderen Gebrauchszweck entspricht, mit einem Muster bzw. einer Probe übereinstimmt oder in üblicher und angemessener Weise verpackt ist (*Posch* in Schwimann², ABGB, Rz. 7 zu Art. 35 UN-Kaufrecht). Über die Eignung für gewöhnliche Zwecke bestimmen grundsätzlich die Standards im Lande des Verkäufers (2 Ob 100/00w).

Wo allerdings internationale Handelsbräuche im Hinblick auf bestimmte Eigenschaften bestehen, müssen diese als Minimalqualität präsentiert werden (*Schwenzer in Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*³, Rz. 16 zu Art. 35).

Die Parteien sind zwar an die Gebräuche, mit denen sie sich einverstanden erklärt haben, und an die Gepflogenheiten gebunden, die zwischen ihnen entstanden sind (Art. 9 Abs. 1 UN-K), doch wird nach Abs. 2 angenommen, dass sie sich in ihrem Vertrag oder bei seinem Abschluss stillschweigend auf Gebräuche bezogen haben, die sie kannten oder kennen mussten und die im internationalen Handel den Parteien von Verträgen in dem betreffenden Geschäftszweig weithin bekannt und von ihnen regelmäßig beachtet werden.

26

Nach Art. 38 UN-Kaufrecht hat der Käufer die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben. Nach Art. 39 UN-Kaufrecht 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 der er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigt und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet.

27

Auf diese Rechte des Käufers (Art. 38 und 39) kann sich der Verkäufer nicht berufen, wenn die Vertragswidrigkeit auf Tatsachen beruht, die er kannte oder über die er nicht in Unkenntnis sein konnte und die er dem Käufer nicht offenbart hat (Art. 40).

28

Nach den Feststellungen des Erstgerichtes hat die klagende Partei, die zuvor einen anderen Abnehmer im Auge hatte, die Ware im Juni 1997 der beklagten Partei angeboten. Ein Angestellter der beklagten Partei, der die Fischart nicht kannte, besorgte sich zwei Säcke tiefgekühlter Fische, die allerdings nicht aus der gegenständlichen Lieferung stammten, ließ diese verkosten und bestellte schließlich am 23.6.1997 einen Container (24 t) Gelbflossenscholle. Der Angestellte war der Meinung, es handle sich dabei um Fische aus der Fangquote 1997. Nach den weiteren Feststellungen des Erstgerichtes war dem Geschäftsführer der klagenden Partei immer bekannt, dass es sich bei der gegenständlichen Ware um solche aus der Fangquote 1996 handle, teilte dies aber seinem Geschäftspartner nicht mit. Nach den obigen Ausführungen wäre dann, wenn tatsächlich ein internationaler Handelsbrauch bestünde, wonach im Fischhandel stets von einem aus der aktuellen Fangquote stammenden Fisch ausgegangen wird, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wird, von einer vertragswidrigen Lieferung auszugehen. Sollte der Geschäftsführer der klagenden Partei gewusst haben, die gegenständliche Lieferung stamme nicht aus der aktuellen Fangquote, könnte sich die klagende Partei nach Art. 40 UN-K nicht auf eine allenfalls verspätete Rüge der beklagten Partei berufen. Die klagende Partei kann sich aber auch nicht darauf berufen, dass von ihr verschwiegene Eigenschaften der ersten Lieferung zum Vertragsinhalt der Folgebestellung geworden sind. Wenn der Verkäufer in Kenntnis des internationalen Handelsbrauches, dass Fische aus der aktuellen Fangquote zu sein haben, als Probe aber (alte) Fische liefert und dies verschweigt, dann stellte die Vertragswidrigkeit dieser Lieferung (der Probe) keine Eigenschaft im Sinne des Art. 35 Abs. 2 lit. c UNK dar.

29

Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung einerseits die «unrichtigen» Feststellungen des Erstgerichtes zu Grunde gelegt, andererseits ausgeführt, dass sowohl das Bestehen eines

30

Handelsbrauches in der Hinsicht, im internationalen Fischhandel werde stets von frischem, aus der aktuellen Fangquote stammenden Fisch ausgegangen, nicht nachgewiesen worden sei, weil dies nur auf Grund eines Sachverständigengutachtens festgestellt werden könne und andererseits die Beweiswürdigung des Erstgerichtes hinsichtlich der Feststellung, der Geschäftsführer der klagenden Partei habe stets gewusst, dass die gegenständliche Lieferung nicht aus der aktuellen Fangquote stammt als nicht überzeugend qualifiziert. Das Bestehen eines Handelsbrauches ist als Tatfrage zu qualifizieren und muss bereits in erster Instanz behauptet werden (*Kerschner* in Jabornegg, Kommentar zum HGB, Rz. 69 zu § 346 m.w.N.). Zum Nachweis dieser Tatfrage stehen alle Beweismittel der ZPO offen (*Kerschner*, a.a.O., Rz. 70).

Die beklagte Partei hat sich bereits im Verfahren erster Instanz auf das Bestehen eines derartigen Handelsbrauches berufen. Das Erstgericht hat eine derartige Feststellung getroffen. Das Vorgangsweise des Berufungsgerichtes, einerseits die Beweiswürdigung des Erstgerichtes nicht zu billigen und einzelne Feststellungen nicht zu übernehmen, ohne allerdings auszuführen welche Feststellungen konkret nicht übernommen werden und andererseits von den «unrichtigen» Feststellungen ausgehend eine nicht zu billigende Rechtsansicht zu vertreten, stellt eine wahrzunehmende Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens dar. Das Berufungsgericht wird sich konkret mit der Beweisrüge auseinanderzusetzen und allenfalls das Beweisverfahren zu ergänzen haben und anschließend konkrete Feststellungen über das Bestehen eines behaupteten Handelsbrauches und über das Wissen des Geschäftsführers der klagenden Partei um das Produktionsdatum der zu liefernden Fische zu treffen haben, um den Sachverhalt abschließend beurteilen zu können.

31

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

32