

<b>CISG-online 1156</b>	
Jurisdiction	Austria
Tribunal	Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court)
Date of the decision	08 November 2005
Case no./docket no.	4 Ob 179/05k
Case name	<i>Glass recycling machine case</i>

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Gitschthaler als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei SV I[...], Italien, vertreten durch Denk & Kaufmann Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei E[...], vertreten durch Dr. Hermann Holzmann, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen 107.498,51 EUR sA, über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 21. April 2005, GZ 2 R 58/05d-33, womit das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 2. Dezember 2004, GZ 41 Cg 17/04z-27, aufgehoben wurde, den

1

### **Beschluss**

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

### **Begründung:**

Die Klägerin, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Italien, betreibt ein Maschinen- und Anlagebauunternehmen. Sie stellt Brech- und Siebungsanlagen zur Verwendung in Steinbrüchen für die Kies- und Schottergewinnung her. Die Beklagte betreibt ein Abfallentsorgungs- und Recycling-Unternehmen. Sie beauftragte die Klägerin mit der Planung, Herstellung und Lieferung einer Brech- und Siebungsanlage (Auftrag vom 21.10.2002). Als Entgelt waren 813.000 EUR vereinbart; 20% sollten als Anzahlung, 60% bei Lieferung oder Lieferungsanzeige und die restlichen 20% bei Inbetriebnahme, spätestens aber 60 Tage nach Lieferungsanzeige geleistet werden. Vereinbarter Lieferort war das Werk der Klägerin in Italien. Die Klägerin übernahm – bei bestimmungsgemäßer Verwendung der Anlage – 12 Monate Gewähr für alle Bauteile, nicht jedoch für Verschleißteile, normale gebrauchsbedingte Abnutzung und Schäden, die durch Bedienungsfehler oder unsachgemäße Reparatur entstehen. Die Anlage wurde in den letzten Dezember-Tagen 2002 geliefert und von Technikern der Klägerin unter Mithilfe von Mitarbeitern der Beklagten im Werk der Beklagten in Österreich montiert.

2

Die Klägerin begehrt Zahlung von 107.498,51 EUR. Darin enthalten sind eine Restforderung von 82.741,48 EUR für Planung, Herstellung und Lieferung der Anlage und weitere Rechnungsbeträge für Lieferungen und Leistungen, die die Klägerin nach Inbetriebnahme der Anlage erbracht hat. Die Klägerin macht geltend, die Anlage erfülle alle vertraglichen Anforderungen. Ausdrücklich vereinbart sei, dass die Anlage – ein Prototyp – ausschließlich Bildschirmglas und gemischtes Glas brechen und sieben solle. Sie sei deshalb auch nicht zur Be- und Verarbeitung anderer Materialien konzipiert worden. Es sei nicht vereinbart worden, dass das aufbereitete Glas frei von Materialien sein müsse, die nicht Bestandteil einer Bildröhre seien. Dementsprechend habe die Beklagte die Siebmaschine für Holz- und Kunststoffteile erst nachträglich aufgrund eines Angebots vom 15.5.2003 bestellt. Auch ein bestimmter Reinigungsgrad (des Glases) sei nicht vereinbart worden.

3

Bei Lieferung der Anlage sei der Geschäftsführer der Beklagten über ihre Handhabung und Wartung umfassend unterrichtet und eingeschult worden. Die Anlage habe im Beisein der Klägerin einwandfrei funktioniert. Das vereinbarte Konzept sehe vor, dass die zu bearbeitenden Bildschirme (Fernseh- oder Computerbildschirme) händisch auf ein Förderband gelegt werden, worauf die Anlage die Bildröhren zerkleinere und das Konus- und Bildschirmglas von den anderen Materialien der Bildröhren trenne. Zuvor müssten sämtliche nicht zu einer Bildröhre gehörenden Teile wie Kabel, Kupfer, Blei, Nickelgehäuse, magnetisches Material, Kunststoffe, Holz etc. händisch entfernt werden. Der Anlage dürften ausschließlich «nackte» Bildröhren bestehend aus Bildschirmglas und Konusglas zugeführt werden. Unter diesen Voraussetzungen funktioniere die Anlage einwandfrei. Die Beklagte habe damit auch im Vollbetrieb gearbeitet.

4

Trotz einwandfreier Lieferung habe sie Änderungswünsche geäußert und zwischen Mai und Oktober 2003 diverse Bestellungen vorgenommen, die Klägerin habe auch diese Lieferungen und Leistungen vereinbarungsgemäß erbracht. Bemängelungen seien unberechtigt gewesen. Die Klägerin habe bei Untersuchung der Anlage keine Mängel, wohl aber schwere Bedienungsfehler festgestellt. So habe das Personal der Beklagten versucht, Material zu verarbeiten, das die Anlage bestimmungsgemäß nicht habe be- bzw. verarbeiten können, wodurch Schäden entstanden seien. Es seien sogar Steine, Material aus der Mülldeponie und Eisenstücke in die Anlage geworfen worden. Überdies habe die Beklagte eine Motorwasserpumpe ohne Wasserzufuhr und ohne Schmiermittel betrieben, wodurch der Motor beschädigt worden sei. Sie habe auch eigenmächtig Änderungen an der Anlage herbeigeführt und werksseitige Einstellungen verstellt, was ebenfalls zu von der Klägerin nicht zu vertretenden Schäden geführt habe. Die Anlage werde auch nicht ausreichend überwacht und vorschriftsmäßig gewartet. Allfällige dennoch vorliegende Mängel habe die Beklagte weder gerügt noch rechtzeitig spezifiziert.

5

Im Juli 2003 habe die Beklagte Zusatzwünsche geäußert, um den Prototyp der Anlage effizienter zu machen. Die dabei gewünschten Eigenschaften seien von der ursprünglichen Vereinbarung nicht umfasst gewesen. Die Klägerin habe sich entgegenkommender Weise bereit erklärt, die gewünschten Änderungen unter der Voraussetzung durchzuführen, dass die Beklagte sämtliche ungerechtfertigten Mängelbehauptungen fallen lasse und das vertraglich vereinbarte Entgelt leiste. Das im Schreiben vom 22.7.2003 verwendete Wort «Verbesserung» hätte keiner der Streitparteien im Sinn des österreichischen Gewährleistungsrechts verstanden.

6

Die Beklagte habe gemäß der Vereinbarung vom 22.7.2003 auch ausdrücklich die nun eingeklagten Beträge anerkannt und Zahlung versprochen, ihre Zusage aber nicht eingehalten. Da sich die Klägerin zur unentgeltlichen Erfüllung der Zusatzwünsche nur unter der Voraussetzung bereit erklärt habe, dass die Beklagte ihre Zahlungsverpflichtungen einhalte – was nicht der Fall gewesen sei –, sei die Klägerin vor Leistung der Position von der Vereinbarung vom 22.7.2003 zurückgetreten. Sie sei daher in Ansehung dieser Position nicht leistungspflichtig. Dabei handle es sich lediglich um eine Feinjustierung der Trockenreinigung und Entstaubung, die im Verhältnis zu den offenen Forderungen einen äußerst geringfügigen Aufwand bedeute, sodass die Zurückhaltung des Entgelts durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich und sittenwidrig sei. Ö-Normen seien weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart worden. Es sei ausschließlich Sache des Bestellers, nationale Vorschriften, insbesondere jene des Arbeitnehmerschutzes, zu beachten; diesbezügliche Wünsche hätte die Beklagte der Klägerin bekannt geben müssen. Dass die Anlage in einzelnen vom Sachverständigen angeführten Punkten verbesserungswürdig sei, sei bei einem Prototyp zwangsläufig der Fall. Die Anlage sei aber so gebaut worden, wie sie die Beklagte bestellt habe. Sie sei im rechtlichen Sinn nicht mangelhaft. Die Gegenforderung der Beklagten sei nicht ausreichend konkretisiert. Das Vertragsverhältnis sei nach italienischem Recht zu beurteilen.

7

Die Beklagte beantragt Klageabweisung. Die Klageforderung sei wegen zahlreicher Mängel nicht fällig. Bildröhren und Bildschirme, die die Anlage vereinbarungsgemäß verarbeiten müsse, seien in Elektrogeräten wie Computern und Fernsehgeräten eingebaut und mit anderen Materialkomponenten verbunden, so etwa mit Kunststoffanhaftungen, teilweise mit Holzverbindungen und Materialverbindungen aus dem Explosionsschutzrahmen. Die gelieferte Anlage müsse (nach der Vereinbarung) imstande sein, dieses Material aufzuarbeiten und das Bildschirmglas von anderen Komponenten wie Holz, Kunststoff und Metall zu trennen, weshalb sie auch mit einem Windsichter und einem Trockenreiniger, einer Siebanlage und einem Magnetabscheider ausgestattet sei. Es sei vereinbart gewesen, dass das aufbereitete Glas frei von Kunststoffen, Holz, Metallen und sonstigen Materialanhaftungen sein müsse. Diesen Anforderungen entspreche die Anlage nicht. Sie sei mit Mängeln und Fehlfunktionen behaftet, die die Beklagte auch gerügt habe. Trotz mehrfacher Verbesserungsversuche – teilweise seien Mängel behoben worden – sei die Anlage nach wie vor mangelhaft. Das Schreiben der Klägerin vom 22.7.2003 habe neun Verbesserungsmaßnahmen angekündigt, dennoch sei eine Mängelbehebung bis heute nicht erfolgt.

8

Aufgrund der bestehenden Mängel komme es häufig zum Stillstand und dadurch bedingt zu Betriebsausfällen, wodurch der Beklagten erhebliche Schäden in einem die Klageforderung weit übersteigenden Ausmaß entstanden seien. Ihr Schade bestehe im Entfall von Aufträgen und einem Mehraufwand für Reinigungsarbeiten. Der daraus resultierende Ersatzanspruch – er wurde von der Beklagten auch beziffert – werde einer allenfalls zu Recht bestehenden Klageforderung gegenüber compensando eingewendet. Im Übrigen sei die Anlage im Dezember 2002 nicht fertig gewesen. Es seien die Silos noch nicht montiert gewesen, die Anlage habe noch kein Material verarbeitet, auch ein Probetrieb sei nicht durchgeführt worden. Die (von der Beklagten gewünschte) Ausstellung der Bestätigung über Lieferung und Inbetriebnahme sei notwendig gewesen, um für das Jahr 2002 die Investitionszuwachsprämie geltend machen zu können. Es könnten aus dieser Bestätigung jedoch nicht die von der Klägerin gewünschten Rechtsfolgen abgeleitet werden. Eine Untersuchung des Arbeitsinspektorats habe ergeben,

9

dass Verbesserungsarbeiten auch wegen Verletzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften erforderlich würden.

Das Erstgericht stellte die Klageforderung mit 847,94 EUR als zu Recht bestehend und die Gegenforderung als bis zu dieser Höhe ebenfalls zu Recht bestehend fest und wies das Klagebegehren ab. Es stellte noch fest, Karl L[...] habe den Kontakt zwischen den Streitparteien hergestellt. Er habe mit dem Geschäftsführer der Beklagten besprochen, dass eine Anlage zum Zerkleinern und Reinigen von Bildschirmglas und von Computerbildschirmen geplant, gebaut und geliefert werden solle. Auch Konusglas – minderwertiges Glas aus der Rückseite von Bildschirmen – sollte verarbeitet werden. Die Geräte sollten zuvor zerlegt und nur das Glas selbst mit der Maschine bearbeitet werden. Das Bruchmaterial sollte über einen Trichter auf das Förderband geleitet werden; ganze Bildschirme sollten händisch auf das Förderband gelegt werden.

10

Nach mehreren Besprechungen habe die Beklagte am 21.10.2002 den Auftrag erteilt; die Anlage sei in den letzten Dezember-Tagen 2002 geliefert worden. Auf Wunsch der Beklagten und aufgrund eines der Klägerin übersendeten Musterbriefs habe die Klägerin am 21.1.2003 bestätigt, dass die Lieferung der Anlage im November 2002 und ihre Inbetriebnahme im Dezember 2002 erfolgt sei. Tatsächlich hätten erste Arbeitsversuche erst Anfang Jänner 2003 stattgefunden. Obwohl es sich bei dieser Anlage um einen Prototyp handle, sei ein Probetrieb nicht vereinbart worden.

11

Die Anlage sei seit März 2003 mit bisher 798 Betriebsstunden in Betrieb. Sie sei von Beginn an mangelhaft gewesen. Wegen der Zusammensetzung des Bruchmaterials (am Ende des Einfüllvorgangs sei verhältnismäßig mehr Eisen als Glas vorhanden gewesen) seien Störungen beim Schredder aufgetreten; der Schredder sei auch bei großen Fernsehapparaten überfordert gewesen. Die Klägerin habe den Windsichter – er diene dazu, Kunststoff und Holzteile vom Glas abzublasen und wegzusaugen – bisher nicht eingestellt. Das zur Beseitigung von Kunststoff- und Holzteilen aus dem Waschwasser eingebaute Rüttelsieb funktioniere nicht ordnungsgemäß. Die von der Klägerin gelieferten Gummifördergurten seien für den Transport von Bruchglas, Scherben und Glasmehl nicht geeignet. Die Übergabe- und Abwurfstation sei nicht sachgerecht ausgebildet. Bei den Förderbändern mit einer Neigung von mehr als 17° müssten Profilmatten vorgesehen werden, um das Rücklaufen des Materials zu verhindern. Das Schrägförderband, das das magnetische Material befördert, weise eine ungeeignete Gummioberfläche auf, die durch die scharfkantigen Blechteile zerschnitten werde. Anlässlich einer Besichtigung der Arbeitsstätte durch das Arbeitsinspektorat sei festgestellt worden, dass bei der Anlage Arbeitnehmerschutzvorschriften nicht beachtet seien; der Beklagten seien am 2.4.2004 mehrfach Schutzvorrichtungen vorgeschrieben worden.

12

Der Geschäftsführer der Beklagten habe dem Angestellten der Klägerin Dino S[...] im Februar oder März 2003 telefonisch mitgeteilt, dass die Anlage nicht funktioniere. Die Klägerin habe mehrfach Mängelbehebungsversuche durchgeführt. Sie habe zur Beseitigung der Kunststoff- und Holzbestandteile aus dem Waschwasser ein Rüttelsieb eingebaut, dieses jedoch mit 20.551,80 EUR in Rechnung gestellt. Der zugleich verrechnete Staubschutz diene ebenfalls der Mängelbehebung. Die Klägerin habe den im Bereich des Magnetabscheiders eingebauten Magnetgummigurt im Zuge einer versuchten Mängelbehebung ausgetauscht, diese Leistung

13

jedoch am 16.10.2003 mit 1.380 EUR in Rechnung gestellt. Am 10.7.2003 sei es zu einer Besprechung gekommen, bei der die Klägerin Mängelbehebung durch Verbesserung des Reinigungseffekts der Trockenreinigung und durch Veränderungen an der Trommelwaschmaschine und den Förderbändern zugesagt habe. Die Mängel der Trockenreinigung und der Trommelwaschmaschine habe die Klägerin nicht behoben, obwohl als Fertigstellungstermin dafür der 18.8.2003 vereinbart worden sei.

Die Beklagte habe mit einem deutschen Unternehmen eine Vereinbarung über die Verwertung gebrauchter elektrischer und elektronischer Geräte abgeschlossen. Es sei vorgesehen gewesen, dass 3.000 t Bildschirme bearbeitet werden sollten, was 2003 und 2004 nicht möglich gewesen sei, weil die Anlage nicht ordnungsgemäß funktioniert habe und es immer wieder zu Stillständen gekommen sei. Pro Tonne hätte die Beklagte 70 EUR an Entgelt erhalten. Weitere 110 EUR pro Tonne Eisen und 30 EUR pro Tonne Glas hätte sie bei Weiterveräußerung einnehmen können, wobei die angelieferten Bildschirme aus etwa 10% Eisen und 90% Glasanteil bestünden.

14

Das Erstgericht stellte im Einzelnen auch die Stillstandstage in den Jahren 2003 und 2004 und deren Ursache fest. Rechtlich beurteilte es den festgestellten Sachverhalt nach italienischem Recht. Die Klägerin habe eine zwölfmonatige Garantie für ihr mangelhaftes Werk übernommen. Die Klageforderung sei – mit Ausnahme eines Rechnungsbetrags – bis zur Beseitigung der Mängel nicht fällig. Zu Recht bestehe lediglich der für den Ersatz der Wasserpumpe verrechnete Betrag von 847,94 EUR. Die eingewendete Gegenforderung übersteige jedenfalls diesen Betrag; das Klagebegehren sei abzuweisen.

15

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin Folge, hob das angefochtene Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil zur Frage, ob das UN-Kaufrecht ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht gewähre, oberstgerichtliche Rechtsprechung fehle.

16

Wesentlicher Streitpunkt des Prozesses sei es, ob die gelieferte Recyclinganlage nach den zwischen den Streitparteien getroffenen Vereinbarungen zur Verarbeitung von ausschließlich Glas (ohne andere Materialien wie Metall, Holz oder Kunststoff) oder zwar zum Recycling von Glas, aber auch zum Trennen und Sortieren anderer Werkstoffe wie Holz, Metall oder Kunststoff geeignet sein sollte. Das Erstgericht habe letzteres als erwiesen angenommen, wobei es bei seiner Beweiswürdigung von einer Urkunde in Verbindung mit der Aussage des Geschäftsführers der Beklagten ausgegangen sei, ohne sich mit den gegenteiligen Beweisergebnissen auseinander zu setzen. Insbesondere sei es auf die gegenteilige Beweisaussage des Zeugen Karl L[...] nicht eingegangen, wonach von Anfang an klar gewesen sei, dass die Anlage dem Zerkleinern und Reinigen von Bildschirmglas und von Bildschirmen und Computern dienen sollte und die Geräte davor bereits zerlegt sein müssten. Die Begründung der erstgerichtlichen Entscheidung entspreche nicht den Vorgaben des § 272 Abs. 3 ZPO. Entscheidungswesentlich sei, welche technische Eignung der Anlage bedungen gewesen sei. Die Funktionstüchtigkeit der Anlage und ihr anhaftende Mängel seien von der bedungenen technischen Eignung der Anlage ausgehend zu überprüfen.

17

Im fortgesetzten Verfahren werde das Erstgericht die Anwendung von UN-Kaufrecht zu beachten haben. Stelle nämlich der Besteller der Ware nicht einen wesentlichen Teil der für die Herstellung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung, seien Werklieferungsverträge Kaufverträgen gleichzusetzen. Nach UN-Kaufrecht habe der Käufer die Ware innerhalb so kurzer Zeit zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben. Er verliere sein Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er diese dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist anzeige und deren Art genau bezeichne. Zur Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge sei daher nicht italienisches Recht, sondern UN-Kaufrecht heranzuziehen. Das erstgerichtliche Urteil enthalte weder zum Zeitpunkt der Mängelrüge noch zu ihrem genauen Inhalt ausreichend bestimmte Feststellungen, sodass die Rechtzeitigkeit und Spezifikation der Mängelrüge nicht abschließend beurteilt werden könnten.

18

Die Frage, ob einer Partei nach UN-Kaufrecht im Fall einer Vertragsverletzung der Gegenseite ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht zukomme, werde in der Lehre nicht einheitlich beurteilt. Das Berufungsgericht schließe sich jener Lehrmeinung an, die ein allgemeines Zurückbehaltungsrecht aus Art. 58 UN-Kaufrecht ableite. Nach dieser Bestimmung sei die Fälligkeit davon abhängig, dass die Ware vertragsgemäß geliefert werde, weil andernfalls das Untersuchungsrecht des Art. 58 Abs. 3 keinen Sinn hätte. Voraussetzung für eine Zurückhaltung der Kaufpreiszahlung sei aber jedenfalls eine rechtzeitige und ausreichend spezifizierte Mängelrüge, wozu das Erstgericht ausreichende Feststellungen zu treffen habe. Das Erstgericht werde sich auch noch mit der Behauptung der Klägerin auseinandersetzen müssen, dass die Beklagte ihre Forderung anerkannt habe. Ein allfälliges Anerkenntnis sei nach italienischem Recht zu beurteilen. Zu erörtern sei auch, ob der Inhalt des seinerzeitigen Vertrags – wie von der Klägerin behauptet – nachträglich durch Zusatzaufträge abgeändert worden sei.

19

### Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs der Klägerin gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig, aber nicht berechtigt.

20

Die Klägerin macht geltend, das UN-Kaufrechtsübereinkommen sehe kein Leistungsverweigerungsrecht des Käufers in Fällen vertragswidriger (mangelhafter) Erfüllung des Verkäufers vor. Ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht der vertragstreuen Partei widerspreche dem System des Übereinkommens. Sein Art. 45 regle die Käuferrechte abschließend. Art. 48 ermögliche eine Nachbesserung und behalte dem Käufer nur die Ansprüche auf Vertragsaufhebung und Schadenersatz vor. Im Übrigen habe die Beklagte die Mängel verspätet und unsubstantiiert gerügt, sie könne sich schon deshalb nach Art. 39 des Übereinkommens nicht mehr auf eine allfällige Vertragswidrigkeit berufen.

21

Die Beklagte wendet sich in ihrer Rekursbeantwortung gegen die Anwendung des UN-Kaufrechts. Das Vertragsverhältnis umfasse Planung, Errichtung und Lieferung einer Anlage, kaufvertragliche Elemente stünden dabei nicht im Vordergrund.

22

#### 1. Anzuwendendes Recht:

Die Streitteile haben keine Vereinbarung über das anzuwendende Recht getroffen. Das Erstgericht hat – Art. 4 Abs. 1 und 2 EVÜ entsprechend – italienisches Recht als das Recht jenes

23

Staates angewendet, in dem die Klägerin (als der die charakteristische Leistung erbringende Vertragspartner) ihren Sitz bzw. ihre Hauptniederlassung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hatte. Von einem Werklieferungsvertrag im Sinn des § 3 Abs. 1 UN-Kaufrecht ausgehend hat das Berufungsgericht den Sachverhalt nach dem UN-Kaufrechtsübereinkommen beurteilt.

UN-Kaufrecht kommt dann zur Anwendung, wenn der zwischen den Streitparteien geschlossene Vertrag auch dem sachlichen Geltungsbereich des Übereinkommens unterliegt. Seine Anwendungsvoraussetzungen sind von Amts wegen zu prüfen (*Magnus*, in Staudinger, Kommentar zum BGB (2005), Art. 1 Wiener UN-Kaufrecht Rz. 128). Der sachliche Geltungsbereich des Übereinkommens erstreckt sich auf «Kaufverträge über Waren». Er wird durch Art. 3 Abs. 1 – mit einer hier nicht zutreffenden Ausnahme – auf «Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Waren» ausgedehnt. Nach Art. 3 Abs. 2 ist das Übereinkommen allerdings nicht auf Verträge anzuwenden, bei denen auf Seiten des die Ware liefernden Vertragspartners die Arbeits- und andere Dienstleistungen gegenüber den kaufmännischen Leistungen überwiegen. Dies kann vor allem bei typengemischten Verträgen, wie etwa Anlagenlieferverträgen der Fall sein, die (wie hier) die Entwicklung, Herstellung, Lieferung und Montage umfassen (RV 94 BlgNR 17. GP, 51; *Posch*, in Schwimann, ABGB<sup>2</sup>, Art. 3 UN-Kaufrecht Rz. 5; *Magnus*, a.a.O., Art. 3 Rz. 27; *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht<sup>4</sup>, Art. 3 Rz. 18; *Siehr*, in Honsell, Kommentar zum UN-Kaufrecht, Art. 3 Rz. 6; *Piltz*, Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, NJW 2005, 2126). Typengemischte Verträge unterliegen dann nicht dem Anwendungsbereich des UN-Kaufrechtsübereinkommens, wenn der Anteil der kauffremden Vertragspflichten wertmäßig oder nach dem Parteiinteresse deutlich überwiegt (*Magnus*, a.a.O., Rz. 27; *Siehr*, in Honsell, a.a.O., Rz. 6, *Schlechtriem/Schwenzer*, a.a.O., Rz. 17 ff.; *Achilles*, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen, Art. 3 Rz. 6). Entscheidend ist das Verhältnis kaufvertragsfremder zu kaufvertragstypischen Pflichten im Einzelfall (*Achilles*, a.a.O., Rz. 6). Die Beweislast für das Überwiegen kaufvertragsfremder Pflichten und damit für die Nichtanwendbarkeit des UN-Kaufrechtsübereinkommens trifft denjenigen, der sich auf seine Nichtanwendbarkeit beruft (*Schlechtriem/Schwenzer*, a.a.O., Rz. 20; *Magnus*, a.a.O., Rz. 32; *Achilles*, a.a.O., Rz. 9).

24

Die Vorinstanzen haben sich nicht mit der Frage befasst, ob bei dem zwischen den Streitparteien zustande gekommenen Vertrag kaufvertragstypische oder kaufvertragsfremde Pflichten überwiegen. Die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts hängt aber – wie oben dargelegt – von der Beantwortung dieser Frage ab. Ob UN-Kaufrecht anzuwenden ist, ist für die Entscheidung erheblich, weil – wie noch darzulegen ist – das UN-Kaufrecht im Bereich der Mängelrüge mit dem sonst anwendbaren italienischem Sachrecht nicht übereinstimmt.

25

## **2. Leistungsverweigerungsrecht nach dem UN-Kaufrechtsübereinkommen und nach italienischem Recht:**

Das UN-Kaufrechtsübereinkommen enthält keine ausdrückliche Regelung, die einer Partei bei Vertragsverletzung der Gegenseite ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht einräumt. Zu den Vertragsverletzungen im Sinn des Übereinkommens zählen auch Gewährleistungsfälle (*Posch*, a.a.O., vor Art. 45 UN-Kaufrecht Rz. 3). Ein Teil der Lehre leitet ein allgemeines Zurückbehaltungsrecht des Käufers bei nicht vertragsgemäßer Erfüllung durch den Vertragspartner aus Art. 58 ab, weil der Kaufpreis nach dieser Bestimmung erst fällig werde, wenn die dem

26

Käufer zur Verfügung gestellte Ware vertragsgemäß sei. Andernfalls hätte nämlich das Untersuchungsrecht des Art. 58 Abs. 3 UN-Kaufrecht keinen Sinn. Sei die gelieferte Ware nicht vertragsgemäß und verlange der Käufer gemäß Art. 46 Abs. 2 und 3 UN-Kaufrecht Ersatzlieferung oder Nachbesserung, könne er sich daher auf die fehlende Fälligkeit des Kaufpreises berufen (*Schlechtriem/Schwenzer*, a.a.O., Art. 45 Rz. 22).

*Magnus* (a.a.O., Art. 4 UN-Kaufrecht Rz. 47a und Art. 58 Rz. 23) leitet das Recht des Käufers, die eigene Leistung zurückbehalten zu dürfen, aus dem Zug-um-Zug-Prinzip des Übereinkommens und aus den in seinen Artikeln 58, 71, 80, 85 und 86 verwirklichten Grundsätzen ab. Dem gegenüber vertreten *Schnyder/Straub* in Honsell (a.a.O., Art. 48 Rz. 55 ff.) die Auffassung, das Übereinkommen enthalte kein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht einer Partei. Der vertragstreue Partner könne Vertragsverletzungen nur mit den nach dem Übereinkommen zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfen verfolgen. Das Fehlen eines Leistungsverweigerungsrechts des Käufers ergebe sich schon aus Art. 48. Diese Bestimmung ermögliche es dem Verkäufer, seine Leistung nachzubessern und behalte dem Käufer ausdrücklich nur die Ansprüche auf Vertragsaufhebung und Schadenersatz, nicht aber auch auf Verweigerung des Kaufpreises vor.

27

Der Senat schließt sich der von *Schlechtriem/Schwenzer* (a.a.O., Art. 45 Rz. 22) und *Magnus* (a.a.O., Art. 58 Rz. 23 und Art. 4 Rz. 47a) vertretenen Auffassung an. Die Frage, ob der Käufer bei vertragswidriger Erfüllung des Verkäufers berechtigt ist, den Kaufpreis (oder einen Teil davon) zurückzuhalten, berührt einen im Übereinkommen geregelten Gegenstand. Sie ist daher einer Lückenfüllung nach Art. 7 Abs. 2 des Übereinkommens grundsätzlich zugänglich. Art. 45 UN-Kaufrecht verweist den Käufer im Fall vertragswidriger Erfüllung des Verkäufers auf die in Art. 46 bis 52 des Übereinkommens vorgesehenen Ansprüche wie auch auf die Möglichkeit, Schadenersatz nach Art. 74 bis 77 des Übereinkommens zu verlangen. Die in Art. 45 vorgesehenen Rechtsbehelfe (Erfüllung, Ersatzlieferung oder Nachbesserung im Sinn des Art. 46, Aufhebung des Vertrags nach Art. 49 und Preisminderung im Sinn des Art. 50) und deren nähere Ausgestaltung berühren die Frage der Fälligkeit des Kaufpreises (bzw. des Werklohns im Fall des Art. 3 Abs. 1) nicht. Sie schließen auch keineswegs ein auf der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags beruhendes Leistungsverweigerungsrecht des Käufers (Bestellers) aus. Dass der Käufer (Besteller) nicht berechtigt sein sollte, den Kaufpreis bei vertragswidriger Erfüllung des Vertragspartners zurückzuhalten, ergibt sich entgegen der Auffassung von *Schnyder/Straub* (in Honsell, a.a.O., Rz. 56) auch nicht aus Art. 48 des Übereinkommens. Die darin vorgesehene Möglichkeit des Verkäufers, seine Leistung «nachzubessern», und des Käufers, dies abzulehnen und/oder Schadenersatz zu begehren, sagt nichts über den Zeitpunkt aus, zu dem der Käufer seine Zahlung zu erbringen hat und ob die auf dem Zug-um-Zug-Prinzip beruhende Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags zulässig ist.

28

Auch dem UN-Kaufrechtsübereinkommen liegt das Prinzip der Zug-um-Zug-Verpflichtung zugrunde (so ausdrücklich die Materialien zu Art. 58, RV 94 BlgNR 17. GP, 63 f.; *Magnus*, a.a.O., Art. 4 Rz. 47a). Dieses Prinzip findet Niederschlag im «Aussetzungsrecht» des Vertragspartners nach Art. 71 wie auch in der Regelung über die Untersuchungspflicht nach Art. 58 Abs. 3 des Übereinkommens. Die Materialien zu Art. 71 (RV 94 BlgNR 17. GP, 66) weisen ausdrücklich darauf hin, dass Art. 71 auf den Erwägungen beruht, die auch § 1052 ABGB zugrunde liegen;

29

diese Regelung sei daher «gemeinsam mit Art. 58 Konsequenz des nicht ausdrücklich kodifizierten Zug-um-Zug-Prinzips». Als Ausfluss dieses Prinzips ist der Käufer nach Art. 58 Abs. 3 des Übereinkommens auch nicht verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen, bevor er Gelegenheit hatte, die Ware zu untersuchen. Dass dieses Untersuchungsrecht sinnlos wäre, wenn der Käufer auch dann zur sofortigen Zahlung des Kaufpreises verpflichtet wäre, wenn er anlässlich der Untersuchung die Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware feststellen konnte und Ersatzlieferung und Nachbesserung begehrt, haben *Schlechtriem/Schwenzer* (a.a.O., Art. 45 Rz. 22) zutreffend aufgezeigt.

Das auch im UN-Kaufrechtsübereinkommen anerkannte Zug-um-Zug-Prinzip ermöglicht es dem Schuldner, die Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrags zu erheben und seine Leistung so lange zurückzuhalten, bis der Vertragspartner zur (gleichzeitigen) Erbringung der Gegenleistung bereit ist (*Apathy*, in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, § 1052 Rz. 2). Das Recht, die eigene Leistung bis zur Erbringung einer Gegenleistung zurückzuhalten, findet sich auch in anderen Bestimmungen des UN-Kaufrechtsübereinkommens; so gestatten die Art. 85 und 86 die Zurückhaltung der Ware, wenn und solange die zu ihrer Erhaltung erforderlich gewordenen Aufwendungen nicht erstattet werden. Den dargelegten Grundsätzen entsprechend und in ergänzender Auslegung nach Art. 7 Abs. 2 des Übereinkommens steht daher dem Käufer (oder Werkbesteller in Fällen des Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens) bei vertragswidriger Lieferung ein Zurückbehaltungsrecht in Ansehung des zu leistenden Entgelts zu. Die Beklagte – sie begehrt Ersatzlieferung und Nachbesserung nach Art. 46 des Übereinkommens – ist daher auch nach UN-Kaufrecht berechtigt, das restliche Entgelt solange zurückzuhalten, bis die Klägerin vertragskonform erfüllt. Insoweit weichen die Rechtsfolgen mangelhafter Vertragserfüllung nicht von jenen ab, die das italienische Recht (Art. 1668 Codice Civile) vorsieht. Danach wird anerkannt, dass der Werkbesteller das Entgelt bis zur Beseitigung der Mängel des Werks zurückbehalten darf (*Cian*, *Commendario breve al Codice Civile*<sup>7</sup>, Art. 1668).

30

### 3. Mängelrüge nach UN-Kaufrecht und nach italienischem Recht:

Die Regelungen des UN-Kaufrechtsübereinkommens über die Mängelrüge weichen von jenen des italienischen Rechts ab.

31

Nach Art. 1667 Codice Civile muss der Besteller bei sonstigem Ausschluss dem Unternehmer Abweichungen und Mängel innerhalb von 60 Tagen ab der Entdeckung anzeigen. Die Anzeige ist nicht erforderlich, wenn der Unternehmer die Abweichungen oder Mängel anerkannt oder verheimlicht hat. Der Klageanspruch gegen den Unternehmer verjährt in zwei Jahren ab dem Tag der Übergabe des Werks. Ein Besteller, der auf Zahlung geklagt wird, kann Gewährleistung immer geltend machen, sofern die Abweichungen oder Mängel innerhalb von 60 Tagen ab der Entdeckung und vor Ablauf von zwei Jahren ab der Übergabe angezeigt wurden.

32

Demgegenüber verpflichtet Art. 38 Abs. 1 UN-Kaufrecht den Käufer, die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben. Er verliert das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist angezeigt und genau bezeichnet hat (s. dazu *Resch*, *Zur Rüge von Sachmängeln nach UN-Kaufrecht*, *ÖJZ* 1992, 470; *Piltz*, *Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht*, *NJW* 2005, 2126). Die Rügefrist beginnt jedenfalls mit dem Zeitpunkt zu

33

laufen, in dem der Käufer die Vertragswidrigkeit festgestellt hat oder feststellen hätte müssen (Art. 39 Abs. 1 des Übereinkommens). Bei der Prüfung, ob der Käufer eine angemessene Frist gewahrt hat, sind die objektiven und subjektiven Umstände des konkreten Falls zu berücksichtigen (*Posch*, a.a.O., Art. 39 UN-Kaufrecht Rz. 5; st.Rsp. RIS-Justiz RS0111000). Wenngleich die inhaltlichen Anforderungen an die Mängelanzeige nicht überspannt werden dürfen, muss die Rüge insofern spezifiziert sein, als sie die Vertragswidrigkeit genau beschreiben muss (7 Ob 301/01t = SZ 2001/1 = RIS-Justiz RS0116099).

Im vorliegenden Fall ist noch nicht geklärt, ob Rechtzeitigkeit und Inhalt der Mängelrüge nach italienischem Recht oder nach UN-Kaufrecht zu beurteilen sind. Entscheidend ist, ob der zwischen den Streitparteien geschlossene Vertrag im Sinn der Ausführungen zu Punkt 1 dieses Erkenntnisses dem sachlichen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts unterliegt oder zufolge Überwiegens kaufvertraglicher Vertragspflichten nach italienischem Recht als Werkvertrag zu beurteilen ist. Dazu bedarf es, um die Parteien nicht mit einer Rechtsansicht zu überraschen, einer Erörterung und entsprechender Feststellungen nach Verfahrensergänzung.

34

#### **4. Vom Erstgericht vorzunehmende Verfahrensergänzung:**

Aus den dargelegten Überlegungen zum sachlichen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechtsübereinkommens wird das Erstgericht – nach entsprechender Erörterung mit den Parteien – Feststellungen zu treffen haben, die eine Beurteilung darüber zulassen, ob kaufvertrag fremde oder kaufvertragstypische Vertragspflichten wertmäßig oder der Parteiabsicht nach überwiegen.

35

Soweit das Berufungsgericht der Ansicht ist, dass der Sachverhalt in der von ihm dargestellten Richtung noch nicht genügend geklärt ist, kann der Oberste Gerichtshof – er ist nicht Tatsacheninstanz – dem nicht entgegen treten (st.Rsp. RIS-Justiz RS0042179). Insbesondere betrifft dies die noch erforderlichen Feststellungen zum Vertragsinhalt in Ansehung der bedungenen technischen Eignung der Anlage und die sich allenfalls daraus ergebende (ergänzende) Mängelfeststellung, die vom Berufungsgericht gewünschten ergänzenden Feststellungen zu Zeitpunkt und genauem Inhalt der Mängelrügen und zu dem von der Klägerin behaupteten Anerkenntnis der Beklagten, sowie zur Frage, ob die weiteren eingeklagten Rechnungen zusätzliche Aufträge zur Weiterentwicklung des Prototyps oder Maßnahmen zur Mängelbehebung betrafen.

36

Der gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts gerichtete Rekurs der Klägerin ist somit nicht berechtigt.

37

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 und 50 Abs. 1 ZPO.

38