

Handelsgericht des Kantons Zürich



Geschäfts-Nr. HG100045-O/U/dz

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident,
Ersatzoberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Bruno Welti,
Hannes von Orelli und Hans Dietschweiler sowie der
Gerichtsschreiber Roger Büchi

Urteil vom 3. April 2013

in Sachen

A._____ SA,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____ S.p.A.,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y2._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von USD 4'956'630.32, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 9. Februar 2010 zu bezahlen.
- 2 Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Erwägungen:

1. Parteien

1.1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in C._____, Schweiz. Sie bezweckt insbesondere den Kauf und Verkauf von Stahl aller Art. Die Klägerin firmiert seit dem tt. August 2009 unter "A._____ SA". Zuvor, auch zur vorliegend relevanten Zeit, firmierte sie noch unter "D._____ SA" (act. 3/3-4; act. 1 Rz. 9).

1.2. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft italienischen Rechts mit Sitz in ..., Italien. Sie stellt Stahl sowie Halberzeugnisse aus Stahl für das Bauwesen her.

2. Unbestrittener Sachverhalt

2.1. Die Parteien schlossen am 15. Mai 2008 einen ersten Kaufvertrag über rund 5'000 Metrische Tonnen (nachfolgend "MT") Walzdraht SAE 1008B mit einem Durchmesser von 6,5 mm (nachfolgend "Walzdraht 6,5 mm") zu einem Preis von USD 1'050.-- pro MT ab (act. 16/9). Die Bezahlung sollte mittels eines Dokumentenakkreditivs (nachfolgend auch "Letter of Credit" oder "L/C") erfolgen, welches die Beklagte am 21. Mai 2008 durch die Bank F._____ ... [Ort], Italien, (nachfolgend "Bank F._____") eröffnen liess (act. 16/10).

Die Parteien schlossen daraufhin am 23. Mai 2008 einen zweiten Kaufvertrag über rund 2'000 MT Walzdraht SAE 1008B mit einem Durchmesser von 8 mm (nachfolgend "Walzdraht 8 mm") zu einem Preis von USD 1'050.-- pro MT ab (act. 3/2). Die Beklagte veranlasste diesbezüglich eine Ergänzung des bereits

eröffneten Dokumentenakkreditivs, wobei insbesondere der Betrag auf USD 7'350'000.-- erhöht wurde (act. 16/14; act. 3/8)

2.2. Beide Kaufverträge sahen eine Verschiffung des Walzdrahtes in ..., China, bis spätestens am 15. Juni 2008 und die Zahlbarkeit des Kaufpreises 90 Tage nach Ausstellung des Konnossements (nachfolgend auch "Bill of Lading" oder "B/L") vor (act. 1 Rz. 5, 16, 44; act. 15 Rz. 15, 55). In beiden Verträgen wurde bei den Lieferbedingungen auf die Incoterms (2000) - Klausel CIF verwiesen (act. 1 Rz. 16; act. 15 Rz. 203, 332).

Die Zugfestigkeit des Walzdrahtes hatte nach der Spezifikation in beiden Kaufverträgen mindestens 400 Megapascal zu sein. Die physikalische Einheit Megapascal (nachfolgend "MPA") wird zur Beschreibung der Zugfestigkeit von Stahl verwendet. Unbestritten ist, dass zumindest vereinzelte Nutzungen von Stahl eine Mindestzugfestigkeit bedingen (act. 1 Rz. 13; act. 15 Rz. 186).

2.3. Auf Verlangen der Klägerin veranlasste die Beklagte in der Folge Änderungen des Dokumentenakkreditivs, indem der späteste Verschiffungszeitpunkt des Walzdrahtes zuerst auf den 5. Juli 2008 und hernach auf den 11. Juli 2008 und das Verfalldatum des Akkreditivs zunächst auf den 21. Juli 2008 und dann auf den 1. August 2008 verschoben wurde (act. 16/16; act. 16/18; act. 3/9; act. 16/22-23; act. 3/10).

2.4. Der Walzdraht wurde schliesslich auf das Schiff "*H._____*" verladen und am 10. Juli 2008 in ..., China, verschifft (act. 1 Rz. 20; act. 15 Rz. 17, 77). Die Klägerin verschifftete mit dem gleichen Schiff für drei weitere Käufer in Italien Walzdraht, welcher von derselben chinesischen Herstellerin stammte (act. 1 Rz. 21).

Der Seefrachtführer stellte für den Walzdraht 6,5 mm (4'989.836 MT) und für den Walzdraht 8 mm (1'999.880 MT) am 10. Juli 2008 je ein Konnossement aus (act. 3/11-12). Die ersten Rechnungen der Klägerin, diejenige für den Walzdraht 6,5 mm in der Höhe von USD 5'239'327.-- (4'989.836 MT x USD 1'050.--) und

diejenige für den Walzdraht 8 mm in der Höhe von USD 2'099'874.-- (1'999.880 MT x USD 1'050.--), datieren vom gleichen Tag (act. 3/13-14).

2.5. Die Klägerin teilte der Beklagten, nachdem sie von der chinesischen Herstellerin das Walzwerkzertifikat (nachfolgend "Mill Test Certificate" oder "MTC"; vgl. act. 16/30) erhalten hatte, zwei Wochen nach der Verschiffung mit, dass 12 von 101 Schmelznummern ("*heats*") des Walzdrahtes 6,5 mm und 33 von 93 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm eine Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA aufweisen würden (act. 1 Rz. 6; act. 15 Rz. 18, 79-80). Die Parteien tauschten daraufhin über die I._____ s.a.s., die Verkaufsagentin und Vertreterin der Klägerin in Italien (act. 15 Rz. 29, 227, act. 24 Rz. 56; act. 20 Rz. 46, 178-179, 222), E-Mails aus; für die I._____ s.a.s. handelten I._____ und J._____. Es kam zu einer Vertragsänderung. Unbestritten ist, dass zumindest für 592.851 MT Walzdraht 6.5 mm eine Preisreduktion von USD 30.-- pro MT vereinbart wurde. Im Übrigen ist die Vertragsänderung, auf welche nachfolgend näher einzugehen sein wird (vgl. Ziff. 5.3.3 ff.), umstritten.

Mit Schreiben vom 1. August 2008 (act. 16/28) veranlasste die Beklagte bei der Bank F._____ zwei weitere Änderungen des Dokumentenakkreditivs: Der Preis für Schmelznummern mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA wurde um USD 30.-- auf USD 1'020.-- pro MT reduziert und die Gültigkeitsdauer des Akkreditivs wurde auf den 10. August 2008 verlängert. Die Akkreditivänderungen wurden der Klägerin am 4. August 2008 via SWIFT und mit Fax von der Korrespondenzbank K._____, ..., Zweigniederlassung ... (nachfolgend "Bank K._____") mitgeteilt (act. 3/15).

2.6. Der Walzdraht traf am 15. August 2008 in L._____, Italien, ein und wurde bis am 22. August 2008 entladen (act. 1 Rz. 26; act. 15 Rz. 90-91, 133).

Die Beklagte teilte J._____ mit E-Mail vom 22. August 2008, 10.01 Uhr (act. 16/32) mit, dass das Schiff die Entladung abgeschlossen habe; sie brauche vom Walzdraht 6,5 mm, aber der Schiffsagent gebe das Material ohne (Original-)Konnossement nicht heraus. Die Beklagte fragte sinngemäss nach, ob der Bank die Akkreditivdokumente bereits eingereicht worden seien.

Die Bank K._____ teilte der Bank F._____ mit Schreiben vom 22. August 2008 (act. 25/5) mit, dass sie die Akkreditivdokumente einschliesslich der Konnossemente "on approval basis" präsentiere, weil das Akkreditiv abgelaufen sei. Die Bank F._____ nahm die von der Klägerin eingereichten Dokumente spätestens am 25. August 2008 entgegen (act. 15 Rz. 96; act. 20 Rz. 65, 158) und leitete sie "on approval basis" an die Beklagte weiter (act. 15 Rz. 252-253). Unter den bei der Bank eingereichten Dokumenten befanden sich die am 10. Juli 2008 ausgestellten Konnossemente (act. 3/11-12) und Rechnungen (act. 3/13-14). J._____ liess der Beklagten am 25. und 26. August 2008 per E-Mail mehrfach korrigierte Rechnungen zukommen (act. 16/33-36).

2.7. Mit E-Mail vom 25. August 2008, 17.47 Uhr (act. 16/37) leitete I._____ der Beklagten eine Mitteilung der Klägerin weiter, wonach M._____ - ein Beauftragter der Klägerin im Hafen von L._____ (act. 15 Rz. 108; act. 20 act. 69) - mitgeteilt habe, dass "die Chinesen" den Walzdraht 8 mm (mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA) nicht aussortiert hätten; sie wisse nicht, wie viele Schmelznummern unter 400 MPA liegen würden.

Einige Tage später teilte J._____ der Beklagten mit E-Mail vom 3. September 2008, 11.26 Uhr (act. 16/39 unten) mit, es sei nun bestätigt, dass die Aussortierung des Walzdrahtes 8 mm beendet sei. Die Reparaturarbeiten an den gebrochenen Spulen seien immer noch im Gang. Die Bank K._____ habe noch keine Bestätigung von ihr erhalten, dass sie die (von der Bank F._____ weitergeleiteten) Dokumente für den Walzdraht 6,5 mm angenommen habe; für den Walzdraht 8 mm werde die Klägerin möglicherweise eine neue Rechnung ohne die Reduktion präsentieren.

2.8. Die Beklagte verlangte am 3. September 2008, Proben vom Walzdraht 8 mm nehmen zu dürfen (act. 20 Rz. 66; act. 15 Rz. 111; act. 16/39 oben), und teilte der Bank F._____ mit Schreiben vom gleichen Tag (act. 25/10) mit, dass sie die Akkreditivdokumente zurückweise und der ausländischen Bank (K._____) zur Verfügung stelle.

Der im Auftrag der Beklagten erstellte Prüfungsbericht von "N._____" (act. 3/19) datiert vom 8. September 2008: Nach diesem Bericht lag die Zugfestigkeit bei 14 von 30 Proben des Walzdrahtes 8 mm, d.h. bei rund 47 %, unter 400 MPA.

Die Beklagte informierte die Klägerin am 15. September 2008, dass sie den Walzdraht wegen Qualitätsmängeln nicht annehme und bezahle (act. 1 Rz. 7, act. 20 Rz. 22; act. 15 Rz. 123, act. 24 Rz. 209). Sie teilte J._____ zuhanden der Klägerin mit E-Mail vom 15. September 2008 (act. 16/43) mit, dass sie die Akkreditivdokumente wegen der bekannten Nichtkonformität nicht angenommen habe; die Ware sei, und bleibe, im Eigentum des Lieferanten, und folglich zu ihrer Verfügung.

2.9. Am 19. September 2008 fand zwischen den Parteien auf Wunsch der Klägerin (act. 16/43) ein Treffen statt. Die Beklagte legte der Klägerin den Prüfungsbericht von N._____ vom 8. September 2008 (act. 3/19) vor und monierte insbesondere die fehlende Mindestzugfestigkeit und die Abweichung der von ihr ermittelten Werte von den von der Herstellerin (im Walzwerkzertifikat) angegebenen Werten (act. 1 Rz. 28; act. 15 Rz. 347). Sie wies anlässlich dieses Treffens eine von der Klägerin angebotene Kaufpreisreduktion um USD 1'400'000.-- zurück (act. 15 Rz. 125-126; act. 20 Rz. 177, 190). Die Beklagte teilte der Klägerin mit, dass sie den Walzdraht wegen Qualitätsmängel nicht annehme (act. 1 Rz. 28, act. 20 Rz. 71, 77; act. 15 Rz. 24, 124, 362-363).

Unbestritten ist (vgl. act. 20 Rz. 266, unter Verweis auf Rz. 67 ff., 160 ff.), dass sich die Klägerin anlässlich des Treffens vom 19. September 2008 weigerte, den Walzdraht einer gesamthaften Untersuchung zu unterziehen (act. 15 Rz. 362, act. 24 Rz. 28). Die Klägerin beauftragte dann aber Ende September - über die O._____ SA, ... - die P._____ S.p.A. (nachfolgend "P._____") damit, Proben vom Walzdraht 8 mm wie auch vom Walzdraht 6,5 mm zu nehmen. Die Tests wurden am 29. September 2008 durchgeführt.

Der Prüfungsbericht der P._____ (act. 3/20) datiert vom 27. Oktober 2008: Laut diesem Bericht lag die Zugfestigkeit bei 20 von 24 Proben des Walzdrahtes

6,5 mm und des Walzdrahtes 8 mm, d.h. bei rund 83 %, unter 400 MPA (act. 1 Rz. 30, act. 20 Rz. 73; act. 15 Rz. 116).

2.10. Mit Schreiben vom 7. November 2008 (act. 3/22) setzte der Vertreter der Klägerin der Beklagten eine Frist bis am 13. November 2008, um entweder zu bestätigen, dass sie die Ware annehme oder aber zu erklären, dass sie die Ware definitiv nicht annehme. Zudem drohte er Drittverkäufe an.

Daraufhin stellte die Beklagte am 10. November 2008 einen Antrag auf gerichtliche Begutachtung des Walzdrahtes durch das Gericht in Q._____ [Stadt im Staat Italien] (act. 15 Rz. 271). Die Stellungnahme der Klägerin, mit welcher diese insbesondere die Zuständigkeit des Gerichtes bestritt, erfolgte am 15. Dezember 2008 (act. 15 Rz. 271). Unbestritten ist (vgl. act. 29 Rz. 21 ff.), dass die Beklagte erst durch diese Stellungnahme vom Bericht der P._____ vom 27. Oktober 2008 erfuhr (act. 24 Rz. 137). Sie hob die Kaufverträge spätestens am 13. Januar 2009 auf (act. 20 Rz. 7, 82, 91, 167; act. 24 Rz. 356, 586). Die Klägerin begann spätestens danach mit den angedrohten Deckungsverkäufen. Mit Entscheid vom 26. Mai 2009 trat das Gericht in Q._____ [Stadt im Staat Italien] mangels Zuständigkeit auf die Klage nicht ein (act. 1 Rz. 35; act. 15 Rz. 275).

3. Prozessverlauf

3.1. Mit Eingabe vom 9. Februar 2010 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 10. Februar 2010 wurde ihr Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten im Sinne von § 76 ZPO/ZH eine Prozesskaution von CHF 98'000.-- zu leisten (Prot. S. 2). Nachdem die Klägerin die ihr auferlegte Prozesskaution rechtzeitig in Form einer Bankgarantie geleistet hatte (act. 11), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 25. März 2010 Frist angesetzt, um die Klageantwort einzureichen (Prot. S. 5). Die Klageantwort datiert vom 14. Juni 2010 (act. 15). Am 25. November 2010 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 7). Das Verfahren wurde hernach schriftlich fortgesetzt (Prot. S. 8 ff.). Die Replik datiert vom 14. März 2011 (act. 20), die Duplik vom 6. Juni

2011 (act. 24) und die Stellungnahme zu den Dupliknoten vom 31. August 2011 (act. 29). Die weiteren Stellungnahmen erfolgten mit Eingabe vom 7. und 14. Oktober 2011 (act. 34 und 37). Auf die Initiative der Klägerin und im Einverständnis der Beklagten wurde daraufhin auf den 17. Januar 2012 zu einer zweiten Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vorgeladen (Prot. S. 16), welche auf Gesuch der Beklagten auf den 27. März 2012 verschoben wurde (act. 39/1). Am 16. März 2012 ging eine weitere Eingabe der Klägerin ein (act. 40). Am 27. März 2012 fand die neu angesetzte Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, welche auch zu keiner Einigung führte (Prot. S. 20). Mit Verfügung vom 28. März 2012 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um zu der klägerischen Eingabe vom 16. März 2012 Stellung zu nehmen (Prot. S. 21). Die Stellungnahme der Beklagten, welche vom 23. April 2012 datiert (act. 44), wurde der Klägerin am 24. April 2012 zugestellt (Prot. S. 22).

3.2. Die Sache ist spruchreif. Auf die Parteivorbringen wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sich dies als zur Entscheidungsfindung notwendig erweist.

4. Formelles

4.1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Auf das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht, mithin die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich (GVG), anwendbar.

4.2. Für die Schweiz ist am 1. Januar 2011 das revidierte Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (LugÜ) in Kraft getreten. Die Zuständigkeitsvorschriften dieses Übereinkommens sind nur auf solche Klagen anzuwenden, die erhoben wurden, nachdem dieses Übereinkommen im Ursprungsstaat in Kraft getreten war (Art. 63 Abs. 1 LugÜ).

Da dies für die vorliegende Klage nicht zutrifft, ist auf das Verfahren das alte Übereinkommen vom 16. September 1988 (aLugÜ) anwendbar.

4.3. Unbestritten ist, dass die Parteien in den Kaufverträgen vom 15. Mai 2008 und 23. Mai 2008 (act. 3/1-2) die Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich vereinbart haben (act. 1 Rz. 2; act. 15 Rz. 5). Das hiesige Gericht ist für die vorliegende Streitigkeit örtlich und sachlich zuständig (Art. 17 Ziff. 1 bzw. Art. 18 aLugÜ; § 62 GVG).

5. Materielles

5.1. Parteistandpunkte

5.1.1. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte sei ihr wegen unberechtigter Annahmeverweigerung des Walzdrahtes zu Schadenersatz zuzüglich Zins verpflichtet (act. 1 Rz. 8). Der Schaden setze sich zusammen aus der Differenz zwischen den von der Beklagten geschuldeten Kaufpreisen und den in Deckungsverkäufen erzielten Kaufpreisen, Lagerungskosten und Versicherungskosten (act. 1 Rz. 45, 60). Der Grund für die Annahmeverweigerung der Beklagten liege in der negativen Entwicklung des Stahlpreises (act. 1 Rz. 7, 29, 46, act. 20 Rz. 22-23).

5.1.2. Die Beklagte verwahrt sich dagegen (act. 15 Rz. 165, 168, 261). Sie macht geltend, seitens der Klägerin hätten vier Vertragsverletzungen vorgelegen, nämlich die verspätete Verschiffung, die Nichtlieferung der Konnossemente, die fehlende Mindestzugfestigkeit des Walzdrahtes und Konfektionierungsmängel. Jede dieser Vertragsverletzungen habe eine wesentliche Vertragsverletzung dargestellt, welche sie zur Nichtannahme des Walzdrahtes und zur Aufhebung der Kaufverträge berechtigt habe (act. 15 Rz. 381-383, act. 24 Rz. 532). Sie habe in Bezug auf alle Vertragsverletzungen, sofern erforderlich, die nötigen Untersuchungshandlungen fristgerecht ausgeführt, die Mängel fristgerecht und rechtsgenügend angezeigt und die Verträge rechtzeitig aufgehoben (act. 24 Rz. 533). Eventualiter macht die Beklagte mit Verrechnungseinrede die Minderung

des Kaufpreises und Schadenersatz wegen eines Produktionsausfalles geltend (act. 15 Rz. 384).

5.2. Grundlagen

5.2.1. Auf die beiden Kaufverträge ist schweizerisches Recht und damit insbesondere das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (nachfolgend "Wiener Übereinkommen" oder "CISG") anwendbar (Art. 117 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a und Art. 118 IPRG; Art. 1 CISG), was unbestritten ist (act. 1 Rz. 57; act. 15 Rz. 313).

5.2.2. Erfüllt der Käufer eine seiner Pflichten nach dem Vertrag oder dem Wiener Übereinkommen nicht, so kann der Verkäufer Schadenersatz nach den Artikeln 74-77 CISG verlangen (Art. 61 Abs. 1 CISG). Der Käufer ist nach Massgabe des Vertrages und des Wiener Übereinkommens verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen und die Ware anzunehmen (Art. 53 CISG). Ein Zurückweisungsrecht kann er nur dann geltend machen, wenn ihm ein Anspruch auf Ersatzlieferung oder Vertragsaufhebung zusteht; in allen anderen Fällen ist er auf die Geltendmachung der im Wiener Übereinkommen vorgesehenen Rechtsbehelfe Nachbesserung, Minderung, und Schadenersatz beschränkt (SCHNYDER/STRAUB, in: HONSELL (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2010, N 97d zu Art. 49 CISG). Liegt eine wesentliche Vertragsverletzung vor, kann der Käufer nach Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG die Aufhebung des Vertrages erklären (SCHNYDER/STRAUB, in: HONSELL, a.a.O., N 35 zu Art. 60 CISG).

5.3. Vertragspflichten der Klägerin

5.3.1. Ausgangslage

5.3.1.1. Unbestritten ist, dass die Zugfestigkeit des Walzdrahtes nach der Spezifikation des Walzdrahtes in den beiden Kaufverträgen mindestens 400 MPA ("*Tensile: min 400 MPA*") zu sein hatte (act. 16/9; act. 3/2).

5.3.1.2. Die Klägerin teilte der Beklagten zwei Wochen nach der Verschiffung mit, dass 12 von 101 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm und 33 von 93

Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm eine Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA aufweisen würden. Daraufhin kam es zu einer Vertragsänderung. Die Parteien einigten sich schliesslich auf eine Preisreduktion von USD 30.-- pro MT; nach der Darstellung der Klägerin bezog sich diese Preisreduktion auf *sämtlichen* Walzdraht mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA (act. 1 Rz. 6, 23-24, act. 20 Rz. 53), nach der Darstellung der Beklagten *nur* auf den Walzdraht 6.5 mm und *nur* auf 592.851 MT entsprechend den 12 Schmelznummern mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA (act. 15 Rz. 19, 82-86, 154, 228-229, act. 24 Rz. 98). Die Beklagte führt aus, in Bezug auf den Walzdraht 8 mm sei es nicht zu einer Vertragsänderung gekommen (act. 15 Rz. 235). Die Klägerin habe ihr zugesichert, dass sie nur beim Walzdraht 6,5 mm vertragswidrigen Walzdraht im Umfang von 592.85 MT erhalten würde, nicht aber beim Walzdraht 8 mm (act. 24 Rz. 99). Die Klägerin habe ihre Pflicht, 4396.986 MT (4'989.836 abzüglich 592.85 MT) Walzdraht 6,5 mm und 1999.98 MT Walzdraht 8 mm mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zu liefern, verletzt. Diese Pflichtverletzung habe eine wesentliche Vertragsverletzung dargestellt, welche sie zur Aufhebung der Kaufverträge berechtigt habe (act. 24 Rz. 599).

5.3.1.3. Ob die Klägerin ihre Pflicht, Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zu liefern, verletzt hat, hängt vom Inhalt der Vertragsänderung ab, welcher umstritten ist. Die Parteien stimmen darin überein, dass die Vertragsänderung zumindest für 592.851 MT Walzdraht 6.5 mm eine Preisreduktion von USD 30.-- pro MT beinhaltete, weshalb dieser Teil trotz fehlender Mindestzugfestigkeit hätte geliefert werden dürfen. Zu prüfen ist, ob die Auslegung der Parteierklärungen zur Ermittlung des von der Klägerin behaupteten umfassenden Vertrags(änderungs)willens der Parteien führt.

5.3.2. Auslegung nach Wiener Kaufrecht

5.3.2.1. Nach Art. 8 Abs. 1 CISG sind die Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei nach deren Willen auszulegen, wenn die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. Ist Art. 8 Abs. 1 CISG nicht anwendbar, so sind die Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei so

auszulegen, wie eine vernünftige Person in gleicher Stellung wie die andere Partei sie unter den gleichen Umständen aufgefasst hätte (Art. 8 Abs. 2 CISG).

5.3.2.2. Um den Willen einer Partei oder die Auffassung festzustellen, die eine vernünftige Person gehabt hätte, sind alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen, insbesondere die Verhandlungen zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Handelsbräuche und das spätere Verhalten der Parteien (Art. 8 Abs. 3 CISG).

5.3.3. Mutmasslicher Vertrags(änderungs)wille (Art. 8 Abs. 2 CISG)

5.3.3.1. Fest steht, dass die Parteien über die Verkaufsagentin der Klägerin, die I._____ s.a.s., kommunizierten (vgl. Ziff. 2.5). Die Klägerin teilte I._____, nachdem sie von der chinesischen Herstellerin das "Mill Test Certificate" erhalten hatte, mit Email vom 23. Juli 2008 (act. 21/5 unten) mit, dass 12 von 101 Schmelznummern ("*heats*") des Walzdrahtes 6,5 mm und 33 von 93 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm eine Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA aufweisen würden, wobei die tiefsten Werte 380 bzw. 370 MPA seien.

I._____ leitete diese Mitteilung (act. 21/5 unten) mit E-Mail vom 24. Juli 2008, 9.29 Uhr (act. 16/25) an die Beklagte weiter:

"RICEVIAMO DA D._____:

We received the MTC today at our office.

For B._____ we have in their LC yield min 400.

Our contract wit supplier states min 400, but obviously they Have not achieved this.

Since it is in the B._____ LC we have to get this accepted. My office can send the MTC to you if necessary.

The details are as follows:

Diameter 6,5MM - 12 heats of 101 are under 400MPA the lowest is 380MPA

Diameter 8,0MM - 33 heats of 93 are under 400MPA the lowest is 370MPA

CONFIDIAMO NON SIA UN PROBLEMA ED ATTENDIAMO VS ACCETTAZIONE"

Die Beklagte antwortete I._____ auf dessen E-Mail vom 24. Juli 2008, 9.29 Uhr (act. 16/25) mit E-Mail vom 24. Juli 2008, 11.17 Uhr (act. 16/26), dass dies ein

grosses Problem ("*problema grosso*") darstelle; sie könne diesen Walzdraht nicht für alle vorgesehenen Verwendungen brauchen. Sie könne akzeptieren, auch diese Schmelznummern zu beziehen, aber zu einem absolut tieferen Preis.

Wörtlich schrieb sie:

"E' un problema grosso; non possiamo utilizzare questa vergella per tutte le applicazioni che avevamo previsto.

La nave è già partita da due settimane! questa informazione ci arriva quanto meno tardi. Possiamo accettare di ritirare anche queste colate, ma ad un prezzo assolutamente inferiore.

Attendiamo riscontro."

I._____ antwortete der Klägerin auf deren E-Mail vom 23. Juli 2008 (act. 21/5 unten) mit E-Mail vom 25. Juli 2008 (act. 21/5 oben), die Beklagte habe mitgeteilt, dass dies ein *grosses Problem* ("*big problema*") darstelle, weil sie diesen Walzdraht nicht für alle vorgesehenen Verwendungen brauchen könne. Die Beklagte könne diese Schmelznummern zu einem reduzierten Preis von USD 30.-- pro MT annehmen. Die Beklagte bestreitet nicht, I._____ mitgeteilt zu haben, die Schmelznummern zu einem reduzierten Preis annehmen zu können (act. 24 Rz. 199).

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe erklärt, *sämtlichen* Stahl mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA mit einer Preisreduktion von USD 30.-- pro MT anzunehmen (act. 20 Rz. 49, 50, 53). Auf einen solchen mutmasslichen beklagischen Willen lässt die E-Mail der Beklagten an I._____ vom 24. Juli 2008 (act. 16/26) in Beantwortung der E-Mail vom 24. Juli 2008 (act. 16/25) aber nicht schliessen, da sich *diese Schmelznummern* ("*queste colate*") im Kontext der beiden E-Mails nur auf die 12 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm ("*Diameter 6,5MM - 12 heats*") und die 33 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm ("*Diameter 8,0MM - 33 heats*") bezog. Auf der anderen Seite lässt auch die E-Mail von I._____ an die Klägerin vom 25. Juli 2008 (act. 21/5 oben) in Beantwortung der E-Mail vom 23. Juli 2008 (act. 21/5 unten) nicht auf eine solche Auffassung der Klägerin schliessen, da sich *diese Schmelznummern* ("*these heats*") im Kontext der beiden E-Mails auch nur auf die 12 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm und die 33 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm bezog.

Die *bis zu diesem Zeitpunkt* ausgetauschten E-Mails und Mitteilungen lassen nach ihrem Wortlaut demnach auf einen mutmasslichen Willen der Beklagten schliessen, die 12 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm und die 33 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA zu einem reduzierten Preis von USD 30.-- pro MT anzunehmen, obwohl die fehlende Mindestzugfestigkeit ein grosses Problem darstellte.

Mit E-Mail vom 31. Juli 2008 (act. 16/27) teilte I. _____ der Beklagten mit:

"COME PROMESSO LE INVIO LE MODIFICHE RICHIESTE DALLA D. _____:

Here below our amendment request:

B. _____

6.5mm : For heats below 400MPA which is 592.851MT (12 heats) price is to be reduced by USD 30/MT

8.0mm : B. _____ will get only material above 400MPA.

Amendments required:

---quote---

31D: Validity to be extended to Aug 15th 2008

47A: Please add:

"document presentation after 21 days but within LC validity is allowed"

"for heats showing Tensile below 400MPA, unit price is to be reduced by USD 30,00/MT to USD 1.020,00/MT"

---unquote---

ATTENDO CONFERMA"

Nach dem Wortlaut dieser Mitteilung (act. 16/27) nahm die Klägerin das Angebot der Beklagten, die 12 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm und die 33 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA zu einem reduzierten Preis anzunehmen, nicht an, sondern unterbreitete selber einen Änderungsvorschlag ("*amendment request*"). Die Mitteilung (act. 16/27) lässt auf den mutmasslichen Willen der Klägerin schliessen, dass der Preis für die 12 Schmelznummer des Walzdrahtes 6,5 mm um USD 30.-- pro MT reduziert wird und die Beklagte *nur* ("*only*") Walzdraht 8 mm mit einer Zugfestigkeit über 400 MPA erhält.

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe sich mit dem Vorschlag der Beklagten, *sämtlichen* Stahl mit einer Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA mit einer Preisreduktion von USD 30.-- pro MT anzunehmen (act. 20 Rz. 49-50, 53), einverstanden erklärt (act. 20 Rz. 52-53). Auf einen solchen Vorschlag der Beklagten und eine solche Einverständniserklärung der Klägerin kann nach dem Ausgeführten nicht geschlossen werden. Auch auf einen mutmasslichen Willen der Klägerin und eine mutmassliche Auffassung der Beklagten, dass sich die Klägerin mit der E-Mail ihrer Verkaufsagentin an die Beklagte (act. 16/27) lediglich zuversichtlich gezeigt habe, in Bezug auf den 8 mm-Stahl nur Stahl mit einer Zugfestigkeit von mehr als 400 MPA zur Verfügung zu stellen (act. 24 Rz. 54), kann nicht geschlossen werden. Dagegen sprechen bereits die einleitenden Worte *Änderungsvorschlag ("amendment request")*, welche auf einen klägerischen Vertragsänderungswillen hindeuten. Bereits deshalb könnte dem Standpunkt der Klägerin, dass sich mit dieser E-Mail (act. 16/27) an einer vorgängigen Einigung der Parteien auf einen generellen Rabatt von USD 30.-- pro MT nichts geändert hätte (act. 24 Rz. 54), nicht gefolgt werden.

Die von der Klägerin vorgeschlagene Änderung des Dokumentenakkreditivs, dass der Preis für Schmelznummern mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA um USD 30.-- pro auf USD 1'020.-- pro MT reduziert werden soll (*"for heats showing Tensile below 400MPA, unit price is to be reduced by USD 30,00/MT to USD 1.020,00/MT"*), ist im Kontext der E-Mail vom 31. Juli 2008 (act. 16/27) zu sehen. Der Klägerin kann deshalb nicht gefolgt werden, wenn sie aus der von ihr vorgeschlagenen generellen Änderung des Dokumentenakkreditivs für sämtlichen Stahl mit einer Zugfestigkeit unter 400 MPA einen entsprechenden generellen Vertrags(änderungs)willen der Parteien ableitet (act. 20 Rz. 16, 17, 53). Es war bis zu diesem Zeitpunkt keine Rede davon, dass mehr Stahl als die angeblich im "Mill Test Certificate" ausgewiesenen 12 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm und 33 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm eine Mindestzugfestigkeit unter 400 MPA aufweisen würde.

Die Beklagte teilte I. _____ mit E-Mail vom 1. August 2008 (act. 21/7) mit:

"in virtù della riunione tenutasi stamane con il SIG. N._____ Vi informiamo di quanto segue:

B._____ è disposta ad apportare la modifica al credito documentario come da Vs richiesta di cui sotto contro una dichiarazione scritta da parte del SIG. I._____ che il resto del materiale (al netto delle 592.85 ton mm 6.5) e conforme al contratto quindi con un valore MPA non inferiore a 400.

Nel caso in cui in seguito ad una nostra verifica al materiale presso il porto di L._____, risultassero valori inferiori a quanto sopra, addebiteremo alla spett. I._____ l'eventuale differenziale di prezzo (30 usd/ton).

Attendiamo urgente dichiarazione onde poter inoltrare la modifica del credito documentario."

Die Beklagte erklärte mit dieser E-Mail (act. 21/7), sie sei bereit, das Dokumentenakkreditiv entsprechend dem Vorschlag der Klägerin abzuändern, gegen eine schriftliche Bestätigung von Herrn I._____, dass der Rest des Materials neben den 592.82 MT Walzdraht 6,5 mm konform mit dem Vertrag sei, das heisse mit einem MPA-Wert von nicht weniger als 400. Daraus erhellt, dass die Beklagte den Änderungsvorschlag im Sinne des festgestellten mutmasslichen Willens der Klägerin auffasste, nämlich dass der Rest des Materials neben den 592.82 MT Walzdraht 6,5 mm konform mit den ursprünglichen Kaufverträgen ist. Die Beklagte teilte mit dieser E-Mail (act. 21/7) weiter mit, dass sie die Firma I._____ mit der Preisdifferenz von USD 30.-- pro MT belasten würde, wenn sich in der Folge bei einer Überprüfung des Materials durch sie im Hafen von L._____ Werte ergäben, die unter den Werten lägen, welche oben erwähnt seien (d.h. unter 400 MPA). Die Beklagte nimmt zwar in dieser E-Mail (act. 21/7) Bezug auf *den Rest des Materials neben den 592.82 MT des Walzdrahtes 6,5 mm*. Zu weit ginge aber, daraus einen übereinstimmenden Vertrags(änderungs)willen der Parteien abzuleiten, dass die Zugfestigkeit des Walzdrahtes neben den 592.82 MT des Walzdrahtes 6,5 mm nicht mehr mindestens 400 MPA zu sein hatte. Eine vernünftige Person in der gleichen Stellung wie die Klägerin hätte die Worte in der E-Mail (act. 21/7) vielmehr als Regelung aufgefasst für den Fall, dass der Rest des Materials neben den 592.82 MT Walzdraht 6,5 mm nicht vertragskonform sein sollte; in diesem Fall würde die Beklagte die Preisdifferenz von USD 30.-- der Firma I._____ in Rechnung stellen. Klar ist, dass mit *dem Rest des Materials neben den 592.82 MT des Walzdrahtes 6,5 mm* nur die 33 Schmelznummern des

Walzdrahtes 8 mm gemeint waren. Es war nämlich bis zu diesem Zeitpunkt - wie bereits festgehalten - keine Rede davon, dass mehr Stahl als die angeblich im "Mill Test Certificate" ausgewiesenen 12 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm und 33 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm eine Mindestzugfestigkeit unter 400 MPA aufweisen würde. J._____ teilte der Klägerin dementsprechend mit E-Mail vom 1. August 2008, 12.14 Uhr (act. 17/38) mit, dass sich die Befürchtung der Beklagten auf den Walzdraht 8 mm beziehe; sie habe die Beklagte über 33 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm mit einer Mindestzugfestigkeit unter 400 MPA in Kenntnis gesetzt.

Mit E-Mail vom 1. August 2008, 16.33 Uhr (act. 21/8) antwortete J._____ der Beklagten auf deren E-Mail vom selben Tag (act. 21/7):

"Il sig. I._____ si rende garante del valore mpa 400 come descritto nel presente messaggio"

Nach dieser schriftlichen Bestätigung von J._____ veranlasste die Beklagte bei der Bank F._____ mit Schreiben vom 1. August 2008 (act. 16/28) die von der Klägerin vorgeschlagene Änderung des Dokumentenakkreditivs, dass der Preis für Schmelznummern, welche eine Zugfestigkeit unter 400 MPA aufweisen, um USD 30.-- pro MT auf USD 1'020.-- reduziert werden soll. Die Akkreditivänderung wurde der Klägerin am 4. August 2008 via SWIFT und mit Fax von der Bank K._____ mitgeteilt (act. 3/15). Diese von der Beklagten bei Bank F._____ veranlasste Änderung des Dokumentenakkreditivs hätte eine vernünftige Person in der gleichen Stellung wie die Klägerin als Annahme ihres Änderungsvorschlags vom 31. Juli 2008, dass der Preis für die 12 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm um USD 30.-- pro MT reduziert wird und die Beklagte nur Walzdraht 8 mm mit einer Zugfestigkeit über 400 MPA erhält (act. 16/27), aufgefasst.

Im Ergebnis führt die Auslegung demnach zur Ermittlung eines übereinstimmenden *mutmasslichen* Vertrags(änderungs)willens der Parteien, dass der Preis für die 12 Schmelznummer des Walzdrahtes 6,5 mm um USD 30.-- pro MT reduziert wird und die Beklagten nur Walzdraht 8 mm mit einer Zugfestigkeit über 400 MPA erhält; wenn die Beklagte im Nachhinein bei ihrer

Prüfung im Hafen von L._____ feststellen sollte, dass bei den 33 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm ein geringerer Wert als 400 MPA resultiert, würde sie die Preisdifferenz von USD 30.-- pro MT der Firma I._____ in Rechnung stellen.

5.3.3.2. Die Beklagte führt aus, die Klägerin habe sich verpflichtet, im Hafen von L._____ den Walzdraht mit einer Zugfestigkeit über 400 MPA auszusortieren, und so ihrer Pflicht, nur Walzdraht 8 mm mit einer Zugfestigkeit über 400 MPA zu liefern, nachzukommen (act. 15 Rz. 20, 87). Die Klägerin hält dem entgegen, die Aussortierung des Materials mit einer Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA sei seitens der Klägerin aus ökonomischen Gründen vorgenommen worden, um den mit der Beklagten vereinbarten Rabatt von USD 30.-- pro MT für Stahl mit einer Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA möglichst gering zu halten (act. 20 Rz. 185).

Nach dem Ausgeführten kann der Klägerin nicht gefolgt werden. Da der übereinstimmende Vertrags(änderungs)wille der Parteien darin bestand, dass die Beklagten nur Walzdraht 8 mm mit einer Zugfestigkeit über 400 MPA erhält, verpflichtete sich die Klägerin vielmehr, im Hafen von L._____ den Walzdraht 8 mm mit einer Zugfestigkeit von mindestens 400 MPA aus dem mit dem gleichen Schiff verschifften Walzdraht für andere Käufer (vgl. Ziff. 2.4) auszusortieren. Aus der E-Mail der Klägerin vom 23. Juli 2008 (act. 21/5 unten) ergibt sich, dass die anderen Kaufverträge nur maximale Werte der Zugfestigkeit vorsahen, weshalb eine solche Aussortierung aus der Sicht der Klägerin hätte möglich sein müssen.

5.3.4. Wirklicher Vertrags(änderungs)wille (Art. 8 Abs. 1 CISG)

5.3.4.1. Die Partei, die sich auf ihren abweichenden wirklichen Willen beruft, trägt die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass die andere Partei diesen Willen kannte oder grobfahrlässig verkannte (BRUNNER, UN-Kaufrecht - CISG, 2004, N 8 und 16 zu Art. 25 CISG, N 5 zu Art. 8 CISG).

5.3.4.2. Die Frage, ob die Klägerin einen solchen abweichenden *wirklichen* Vertrags(änderungs)willen der Parteien überhaupt (genügend substantiiert) behauptet, kann offen gelassen werden. Die Klägerin bringt nämlich keine weiteren Erklärungsvorgänge oder sonstige Umstände vor, die zur Ermittlung eines von ihr behaupteten abweichenden, übereinstimmend erklärten, wirklichen Parteiwillens führen könnten.

5.3.5. Ergebnis

Demzufolge bleibt es beim ermittelten Auslegungsergebnis, dass die Klägerin mit Ausnahme von 592.82 MT, d.h. mit Ausnahme von 11.88 %, des Walzdrahtes 6,5 mm weiterhin verpflichtet war, Walzdraht mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zu liefern. Zudem war sie verpflichtet, den Walzdraht 8 mm mit einer Zugfestigkeit über 400 MPA aus dem mit dem gleichen Schiff verschifften Walzdraht für andere Käufer, welche nicht auf eine Zugfestigkeit von mindestens 400 MPA angewiesen waren, auszusortieren.

5.4. Vertragsverletzung der Klägerin

5.4.1. Der Verkäufer hat Ware zu liefern, die in Menge, Qualität und Art sowie hinsichtlich Verpackung oder Behältnis den Anforderungen des Vertrages entspricht (Art. 35 Abs. 1 CISG).

5.4.2. Die Beklagte führt aus, eine stichprobenhafte Überprüfung des Walzdrahtes habe ergeben, dass zwischen 50 und 80 % des gesamthaft gelieferten Walzdrahtes die Mindestzugfestigkeit von 400 MPA nicht erreicht habe (act. 15 Rz. 321). Gemäss dem Prüfungsbericht von N._____ (act. 3/19) seien knapp 50 % der Proben (des Walzdrahtes 8 mm) nicht vertragskonform gewesen, gemäss dem Prüfungsbericht der P._____ (act. 3/20) sogar 80 % der Proben (des Walzdrahtes 6,5 mm und des Walzdrahtes 8 mm) (act. 15 Rz. 22, 355).

5.4.3. Die Klägerin führt Bezug nehmend auf den Prüfungsbericht der P._____ vom 27. Oktober 2008 (act. 3/20) aus, die Zugfestigkeit habe bei einem Teil des Walzdrahts - wie von der Beklagten akzeptiert - in der Tat unter 400 MPA gelegen (act. 1 Rz. 30, act. 20 Rz. 73). Damit anerkennt sie das Ergebnis dieses

Prüfungsberichts, dass rund 80 % des Walzdrahtes 6,5 mm und des Walzdrahtes 8 mm eine Zugfestigkeit unter 400 MPA aufwiesen. Bereits festgehalten wurde, dass dies entgegen der Darstellung der Klägerin von der Beklagten - mit Ausnahme von 11.88 % des Walzdrahtes 6,5 mm - nicht akzeptiert wurde. Unbehelflich ist es, wenn die Klägerin ausführt, je nach Prüfungsmodus könnten sich in Bezug auf die gleichen Proben nicht unerhebliche Abweichungen ergeben (act. 1 Rz. 13), hat sie doch den Bericht der P._____ selber eingeholt und ins Recht gelegt. Demnach erübrigen sich beweismässige Abklärungen zur Zugfestigkeit des Walzdrahtes.

5.4.4. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn nicht von einer klägerischen Anerkennung der fehlenden Mindestzugfestigkeit bei rund 80 % des Walzdrahtes auszugehen wäre.

Der Käufer trägt zwar grundsätzlich die Beweislast für das Bestehen der verletzten Pflicht und für ihre Wesentlichkeit im Falle des Art. 49 Abs. 1 lit. a CISG. Bei einer Zurückweisung der Lieferung durch den Käufer tritt aber eine Beweislastumkehr ein und der Verkäufer trägt die Behauptungs- und Beweislast für die Vertragsmässigkeit der Ware. Im Urteil des Bundesgerichts 4A_362/2007 vom 13. November 2007 wird dies mit dem Abstellen auf den fehlenden Übergang der Ware in den Herrschaftsbereich des Käufers mit dem Argument der grösseren Beweisnähe begründet (vgl. auch SCHNYDER/STRAUB, in: HONSELL, a.a.O., N 126 zu Art. 49 CISG).

Da die Beklagte eine Lieferung - wenn denn überhaupt eine solche erfolgt wäre, was von der Beklagten in Abrede gestellt wird - zurückgewiesen hätte, würde die Klägerin die Beweislast für die Vertragsmässigkeit der Ware tragen. Im vorliegenden Fall ist der Walzdraht nicht mehr vorhanden, nachdem die Klägerin Deckungsverkäufe tätigte, weshalb ein Gerichtsgutachten nicht mehr erstellt werden könnte. Die Klägerin, die sich gegen eine gerichtliche Begutachtung des Walzdrahtes durch das Gericht in Q._____ erfolgreich zur Wehr setzte, hätte denn auch eine allfällige Beweisnot selber zu vertreten. Gestützt auf die Ergebnisse der von den Parteien veranlassten Prüfungsberichte (act. 3/19-20) wäre diesfalls - ohne weitere beweismässige Abklärungen - davon auszugehen,

dass die von der Beklagten behaupteten 50 bis 80 % des Walzdrahtes 6,5 mm und des Walzdrahtes 8 mm eine Mindestzugfestigkeit unter 400 MPA aufwiesen.

5.4.5. Die Klägerin hat demnach ihre Pflicht, 4'396.986 MT (4'989.836 abzüglich 592.85 MT) Walzdraht 6,5 mm und 1'999.98 MT Walzdraht 8 mm mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zu liefern, verletzt. Sie hat zudem ihre Pflicht, den Walzdraht 8 mm auszusortieren, verletzt (vgl. Ziff. 5.3.3.2 und 5.3.5).

Schliesslich sortierte die Klägerin auch den vertragskonformen Walzdraht 6,5 mm bis zuletzt nicht aus.

5.5. Wesentliche Vertragsverletzung der Klägerin

5.5.1. Die Klägerin führt aus, selbst wenn das Gericht wider Erwarten zum Schluss kommen sollte, dass die Klägerin eine Vertragsverletzung begangen habe, so habe diese keine wesentliche Vertragsverletzung dargestellt (act. 20 Rz. 113). Die Beklagte hält dem in erster Linie entgegen, sie habe der Klägerin deutlich gemacht, dass es ihr auf die strikte Einhaltung der Pflicht, Walzdraht mit einer Zugfestigkeit von mindestens 400 MPA zu liefern, ankomme (act. 15 Rz. 352). Die fehlende Zugfestigkeit des Walzdrahtes habe eine wesentliche Vertragsverletzung dargestellt, welche sie zur Aufhebung der Kaufverträge berechtigt habe (act. 24 Rz. 599).

5.5.2. Wesentlich ist eine Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG dann, wenn sie für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen, es sei denn, dass die vertragsbrüchige Partei diese Folge nicht vorausgesehen hat und eine vernünftige Person in gleicher Stellung diese Folge unter den gleichen Umständen auch nicht vorausgesehen hätte.

Entscheidend für die Wesentlichkeit des erlittenen Nachteils sind die vertraglich geschützten Erwartungen. Massgeblich ist, welchen Erwartungen die Parteien nach dem Vertrag wesentliche Bedeutung zugemessen haben (GSELL, in: HONSELL, a.a.O., N 12 zu Art. 25 CISG). Wenn die Parteien eine bestimmte Pflicht vertraglich ausdrücklich oder auch konkludent als wesentlich festgelegt haben,

ergibt sich der Nachteil unmittelbar aus der Pflichtverletzung selbst. Die vertragstreue Partei muss im Falle der Verletzung einer wesentlichen Pflicht weder einen konkreten Schaden nachzuweisen, noch sich den Einwand eines mangelnden Nachteils gefallen lassen (GSELL, in: HONSELL, a.a.O., N 14 zu Art. 25 CISG). Bei Warenmängeln ist in erster Linie massgeblich, ob sich die Parteien ausdrücklich oder konkludent darauf verständigt haben, dass es auf eine bestimmte Eigenschaft der Ware ankommen soll. Die Abrede über die absolute Wesentlichkeit einer bestimmten Wareneigenschaft ist aber nicht leichthin anzunehmen (GSELL, in: HONSELL, a.a.O., N 40, 41 zu Art. 25 CISG). Fehlt es an einer Abrede über die absolute Wesentlichkeit einer bestimmten Eigenschaft der Ware, stellt eine Qualitätsabweichung als solche grundsätzlich keinen erheblichen Nachteil im Sinne von Art. 25 CISG dar, wenn der Käufer die mangelhafte Ware zumutbar verwerten kann (GSELL, in: HONSELL, a.a.O., N 43 zu Art. 25 CISG).

Für die Kenntnis oder Erkennbarkeit der Vertragserwartungen der vertragstreuen Partei ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Etwas anderes gilt dann, wenn der Vertrag nachträglich geändert wird (GSELL, in: HONSELL, a.a.O., N 24 zu Art. 25 CISG). Wenn die Parteien die Wesentlichkeit einer Pflicht eindeutig im Vertrag festgelegt haben, ist für eine Entlastung mangels Vorhersehbarkeit kein Raum (GSELL, in: HONSELL, a.a.O., N 19 zu Art. 25 CISG).

5.5.3. Im vorliegenden Fall hatte die Zugfestigkeit des Walzdrahtes nach der Spezifikation in den Kaufverträgen mindestens 400 MPA zu sein. Die vertraglich geschützte Erwartung der Beklagten bezüglich der Mindestzugfestigkeit des Walzdrahtes war demnach im Zeitpunkt des Abschlusses der beiden Kaufverträge klar. Zu prüfen ist, ob die Parteien dieser Erwartung nach dem Vertrag und dessen Änderung wesentliche Bedeutung zugemessen haben.

Die Beklagte hatte im klägerischen Vertragsentwurf für den Walzdraht 8 mm (act. 16/13) handschriftlich die Mindestzugfestigkeit von 400 MPA angebracht, welche von der Klägerin in den Kaufvertrag vom 23. Mai 2008 (act. 3/2) übernommen wurde (act. 15 Rz. 39, 41-42). Diese Eigenschaft des Walzdrahtes wurde also entgegen der klägerischen Darstellung zumindest in diesen Vertrag nicht einfach aus der Offerte der chinesischen Herstellerin übernommen (act. 20

Rz. 40). Dadurch, dass die Beklagte die Mindestzugfestigkeit von 400 MPA ausdrücklich verlangte, brachte sie klar zum Ausdruck, dass diese Eigenschaft des Walzdrahtes für sie wesentlich ist. Die Klägerin musste deshalb damit rechnen, dass die Mindestzugfestigkeit von 400 MPA auch eine bedeutende Eigenschaft für den Walzdraht 6,5 mm ist, auch wenn diese bereits in der Offerte der Herstellerin enthalten gewesen wäre, wie die Klägerin ausführt (act. 1 Rz. 15). Davon ist aber nicht auszugehen, da die anderen Kaufverträge für den mit dem gleichen Schiff verschifften Walzdraht derselben chinesischen Herstellerin nur maximale Werte der Zugfestigkeit enthielten, wie sich aus der E-Mail der Klägerin an I. _____ vom 23. Juli 2008 ergibt (act. 21/5 unten). Die Klägerin führt im Übrigen selber aus, die vertragliche Festlegung einer Mindestzugfestigkeit sei im Stahlhandel nicht üblich, da nur ganz vereinzelte Nutzungen des Stahls eine Mindestzugfestigkeit voraussetzen würden (act. 1 Rz. 13). Deshalb musste der Klägerin umso mehr klar gewesen sein, dass die Mindestzugfestigkeit von 400 MPA für die Beklagte zentrale Bedeutung hat.

Die Mindestzugfestigkeit hatte nicht nur nach der Spezifikation in den Kaufverträgen mindestens 400 MPA zu sein, sie wurde auch als mechanische Eigenschaft des Walzdrahtes 6,5 mm und des Walzdrahtes 8 mm ins Dokumentenakkreditiv aufgenommen, wie die Beklagte zutreffend ausführt (act. 15 Rz. 190). Das Akkreditiv sah vor, dass die Klägerin der Bank das "Mill Test Certificate" der Herstellerin (act. 16/30) vorzulegen hat, welches die mechanischen Eigenschaften der einzelnen Schmelznummern des Walzdrahtes ausweist (act. 3/7-8). Eine konforme Dokumentenvorlage setzte also eine im "Mill Test Certificate" ausgewiesene genügende Mindestzugfestigkeit des Walzdrahtes voraus, wie die Beklagte zutreffend ausführt (act. 24 Rz. 102). Damit haben sich die Parteien ausdrücklich darauf verständigt, dass es entscheidend auf die Mindestzugfestigkeit von 400 MPA ankommen soll, hing doch die Pflicht der Bank zur Bezahlung der Akkreditivsumme von dieser Eigenschaft des Walzdrahtes ab.

Der Klägerin kann demnach nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, die Beklagte habe nicht deutlich gemacht, dass es ihr auf die strikte Einhaltung der Mindestzugfestigkeit von 400 MPA ankomme (act. 15 Rz. 352). Daran ändert

nichts, dass der Verwendungszweck für den Walzdraht in den Kaufverträgen nicht ausdrücklich festgelegt wurde (act. 20 Rz. 39; act. 24 Rz. 245). Die Wesentlichkeit einer Eigenschaft der Ware kann vertraglich auch absolut, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Verwendungszweck, festgelegt werden.

Die Klägerin wusste denn auch, dass es für die Ausbezahlung der Akkreditivsumme auf die vertraglich festgelegte Mindestzugfestigkeit des Walzdrahtes ankommt. Deshalb ersuchte sie die Beklagte um eine Änderung der Verträge und des Akkreditivs, als sie erfuhr, dass nach dem "Mill Test Certificate" ein Teil der Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm und des Walzdrahtes 8 mm eine Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA aufwies. Auf die klägerische Mitteilung vom 24. Juli 2008, dass nach dem "Mill Test Certificate" 12 Schmelznummern des Walzdrahtes 6,5 mm und 33 Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm eine Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA aufweisen würden (act. 16/25), antwortete die Beklagte, dass dies ein *grosses Problem* darstelle; sie könne diesen Walzdraht nicht für alle vorgesehenen Verwendungen brauchen (act. 16/25). Damit brachte die Beklagte auch im massgeblichen Zeitpunkt der Vertragsänderung in aller Deutlichkeit zum Ausdruck, dass es ihr auf die Mindestzugfestigkeit von 400 MPA ankommt, und zwar insbesondere auch beim Walzdraht 6,5 mm.

Nach dem Ausgeführten haben die Parteien der Mindestzugfestigkeit von 400 MPA eindeutig wesentliche Bedeutung zugemessen.

Daran ändert nichts, dass sich die Beklagte bereit erklärte, den angeblich im "Mill Test Certificate" ausgewiesenen Teil des Walzdrahtes mit einer Mindestzugfestigkeit unter 400 MPA zu einem nur leicht reduzierten Preis zu beziehen, bevor es zu der vorstehend beschriebenen Vertragsänderung kam (vgl. Ziff. 5.3.3 ff.). Die Parteien verständigten sich nämlich höchstens darauf, dass es bezüglich der im "Mill Test Certificate" ausgewiesenen Schmelznummern des Walzdrahtes nicht mehr auf die Mindestzugfestigkeit von 400 MPA ankommen soll, wobei die nicht konformen Schmelznummern des Walzdrahtes 8 mm von der Klägerin hätten aussortiert werden sollen. Bezüglich der restlichen Schmelznummern wurde die zentrale Bedeutung der Mindestzugfestigkeit

vielmehr bekräftigt, indem die Beklagte der Klägerin mitteilte, dass bereits die fehlende Mindestzugfestigkeit eines angeblich nur kleinen Teils des Walzdrahtes ein *grosses Problem* darstelle (act. 16/25).

Als die Beklagte die Wesentlichkeit der Mindestzugfestigkeit des Walzdrahtes im Juli 2008 bekräftigte, war der Stahlpreis auf einem Höchststand (vgl. act. 3/6). Deshalb kann auch nicht gesagt werden, die fehlende Mindestzugfestigkeit sei erst nach der negativen Entwicklung des Stahlpreises zu einem Problem geworden und der Grund für die Nichtannahme des Walzdrahtes durch die Beklagte sei darin zu sehen (act. 1 Rz. 7, 29, 46, act. 20 Rz. 22-23).

Dass sich die Parteien darauf verständigten und der Klägerin insbesondere auch klar war, dass es mit Ausnahme der 12 Schmelznummer des Walzdrahtes 6,5 mm weiterhin auf die Mindestzugfestigkeit von 400 MPA ankommen soll, geht auch eindeutig aus einer Mitteilung der Klägerin vom 25. August 2008 hervor: Die Klägerin teilte der Beklagten über ihre Verkaufsagentin mit, dass "die Chinesen" den Walzdraht 8 mm (mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA) nicht aussortiert hätten. Sie wisse nicht, wie viele Schmelznummern unter 400 MPA liegen würden; sie versichere aber, von diesem *Problem* nicht wegzulaufen (act. 16/37). Die Klägerin war sich also der Wesentlichkeit der vertraglich festgelegten Mindestzugfestigkeit durchaus bewusst.

5.5.4. Schliesslich stellte sich heraus, dass in Abweichung von den von der Herstellerin im "Mill Test Certificate" angegebenen Werten rund 50 bis 80 % des Walzdrahtes 6,5 mm und des Walzdrahtes 8 mm eine Zugfestigkeit unter 400 MPA aufwiesen, wobei der Walzdraht mit einer genügenden Mindestzugfestigkeit bis zuletzt nicht aussortiert wurde. Nach dem Ausgeführten wurden dadurch die Vertragserwartungen der Beklagten entscheidend beeinträchtigt. Der Nachteil im Sinne von Art. 25 CISG ergibt sich unmittelbar aus der Verletzung der wesentlichen Vertragspflicht, 4'396.986 MT (4'989.836 abzüglich 592.85 MT) Walzdraht 6,5 mm und 1'999.98 MT Walzdraht 8 mm mit einer Mindestzugfestigkeit von 400 MPA zu liefern. In diesem Fall besteht für eine Entlastung mangels Vorhersehbarkeit kein Raum. Festzuhalten ist aber immerhin,

dass die Vertragserwartungen der Beklagten bezüglich der Zugfestigkeit des Walzdrahtes für die Klägerin nach dem Ausgeführten auch erkennbar waren.

5.5.5. Die Beklagte muss im Fall der Verletzung einer wesentlichen Pflicht weder einen konkreten Schaden nachweisen, noch sich den Einwand eines mangelnden Nachteils gefallen lassen. Demnach ist unerheblich, ob die Beklagte die mangelhafte Ware zumutbar hätte verwerten können, und die dahingehenden Behauptungen der Klägerin, die Beklagte betreibe Stahlhandel (act. 1 Rz. 10, act. 20 Rz. 33), die Beklagte hätte den Walzdraht mit einer Zugfestigkeit von weniger als 400 MPA ohne weiteres verwenden können (act. 20 Rz. 16, 20, 34, 35, 49, 50, 135, 172, 190), auch für die Produktion von Betonstahlmatten (act. 20 Rz. 27), wobei bestritten werde, dass die Beklagte den Walzdraht dafür habe verwenden wollen und sie dies gewusst habe (act. 20 Rz. 39), zielen ins Leere. Da sich die Beklagte den Einwand eines mangelnden Nachteils nicht gefallen lassen muss, erübrigen sich beweismässige Abklärungen zu den bestrittenen Behauptungen der Klägerin.

5.5.6. Demzufolge stellte die Vertragswidrigkeit des Walzdrahtes (vgl. Ziff. 5.5.4) eine wesentliche Vertragsverletzung dar, welche die Beklagte zur Aufhebung der beiden Kaufverträge berechtigte.

5.6. Rechtzeitige und rechtsgenügeliche Rüge der Vertragswidrigkeit

5.6.1. Der Käufer verliert das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigt und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet (Art. 39 Abs. 1 CISG).

5.6.2. Unbestritten ist, dass die Beklagte die fehlende Mindestzugfestigkeit des Walzdrahtes 6,5 mm und des Walzdrahtes 8 mm anlässlich des Treffens vom 19. September 2008 rechtzeitig und rechtsgenügelich rügte (act. 1 Rz. 28, act. 20 Rz. 145). Deshalb war sie berechtigt, sich auf die Vertragswidrigkeit des Walzdrahtes zu berufen.

5.7. Rechtzeitige Aufhebungserklärung

5.7.1. Hat der Verkäufer die Ware geliefert, so verliert der Käufer sein Recht, die Aufhebung des Vertrages zu erklären, wenn er im Falle einer anderen Vertragsverletzung als verspäteter Lieferung die Aufhebung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erklärt, nachdem er die Vertragsverletzung kannte oder kennen musste (Art. 49 Abs. 2 lit. b CISG). Der Käufer ist an keine Frist gebunden, solange die Ware noch nicht geliefert ist (SCHNYDER/STRAUB, in: HONSELL, a.a.O., N 39 zu Art. 49 CISG). Zur Kenntnis gehört, dass der Käufer Tatsache, Umfang und Tragweite der Vertragsverletzung kennt. Erst dann kann er beurteilen, ob eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegt, die eine Aufhebung des Vertrags rechtfertigt (MÜLLER-CHEN, in: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, a.a.O., N 34 zu Art. 49 CISG). Die Frage, welche Frist angemessen ist, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Soweit keine besonderen Umstände vorliegen, die für eine besonders kurze oder lange Frist sprechen, ergibt sich folgende grobe Faustregel: Ein Zeitraum von bis zu vier Wochen wird in jedem Fall als angemessen, ein solcher von über zwei Monaten als unangemessen zu qualifizieren sein (SCHNYDER/STRAUB, in: HONSELL, a.a.O., N 47 48 zu Art. 49 CISG).

5.7.2. Unbestritten ist, dass die Beklagte die Kaufverträge spätestens am 13. Januar 2009 aufhob (act. 20 Rz. 7, 82, 91, 167; act. 24 Rz. 175). Die Beklagte macht geltend, sie sei mangels einer Lieferung der Konnossemente nicht an eine Frist gebunden gewesen. Wenn sie aber an eine Frist gebunden gewesen wäre, hätte sie die Vertragsaufhebung rechtzeitig erklärt (act. 15 Rz. 364, act. 24 Rz. 179). Die Klägerin bestreitet, dass die Aufhebung der Verträge rechtzeitig erklärt worden sei (act. 20 Rz. 154).

5.7.3. Die Beklagte erfuhr unbestrittenermassen erst durch die Stellungnahme der Klägerin vom 15. Dezember 2008 im Gerichtsverfahren in Q._____ vom Prüfungsbericht der P._____ (vgl. Ziff. 2.10). Erst in diesem Zeitpunkt kannte die Beklagte den Umfang und die Tragweite der Vertragsverletzung, insbesondere auch bezüglich des erstmals getesteten Walzdrahtes 6,5 mm. Zuvor war es ihr nicht möglich, den Walzdraht einer gesamthaften Untersuchung zu unterziehen

(vgl. Ziff. 2.9). Die Beklagte hob die Kaufverträge daraufhin am 13. Januar 2009, anlässlich eines Hearings in Q._____, auf. Sie hob die Verträge also innert vier Wochen und damit innert angemessener Frist auf. Daran ändert auch die zu dieser Zeit negative Entwicklung des Stahlpreises nichts. Die Klägerin geht denn auch selber von einer maximal vierwöchigen Frist zur Abgabe der Aufhebungserklärung aus (act. 20 Rz. 164).

5.7.4. Demnach kann offen gelassen werden, ob die Ware als nicht geliefert zu gelten hat, so dass die angemessene Frist gar nicht erst zu laufen begonnen hätte.

5.8. Ergebnis

5.8.1. Da eine wesentliche Vertragsverletzung, eine rechtzeitige und rechtsgenügende Rüge und eine rechtzeitige Aufhebungserklärung vorlag, war die Beklagte zu der Nichtannahme des Walzdrahtes und zur Aufhebung der Kaufverträge berechtigt. Die Aufhebung der Verträge ist zu Recht erfolgt. Demnach liegt keine Pflichtverletzung der Beklagten vor, welche die Klägerin zu Schadenersatz berechtigen könnte.

5.8.2. Es braucht unter diesen Umständen nicht geprüft zu werden, ob sich die Beklagte auf weitere Vertragsverletzungen berufen kann, die eine Vertragsaufhebung rechtfertigen. Die Klage ist vollumfänglich abzuweisen.

6. Kosten und Entschädigung

6.1. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 1 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Der Streitwert beträgt CHF 5'300'570.80 (entsprechend USD 4'956'630.32 zum Kurs von 1,06939 im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit am 9. Februar 2010).

6.2. In Anwendung vom § 4 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 ist die Gerichtsgebühr auf CHF 98'000.-- festzusetzen.

6.3. Die Prozessentschädigung ist in Anwendung vom § 3 in Verbindung mit § 6 der Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 auf rund 150 % der Grundgebühr festzusetzen. Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 107'000.-- zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 98'000.--.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 107'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 5'300'570.80.

Zürich, 3. April 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller

lic. iur. Roger Büchi