jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2003/12/17 7Ob275/03x

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 17.12.2003

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei P***** Ltd, ***** Hong Kong, vertreten durch Gassauer-Fleissner, Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei P***** Aktiengesellschaft, *****, vertreten durch Greiter Pegger Kofler & Partner, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen US$ 6,278.455,30 sA (EUR 7,089.493,34), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 3. Juni 2003, GZ 1 R 90/03z-27, womit das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 6. Februar 2003, GZ 12 Cg 32/02i-22, infolge Berufung der klagenden Partei abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Klägerin ist eine registrierte Gesellschaft mit Sitz in Hong Kong, die ua mit Tantalpulver handelt. Ihr Vorstand ist Alan C*****. Dessen Sohn John C***** ist ebenfalls für die Klägerin handlungsberechtigt.

Alan C***** ist auch Eigentümer und Geschäftsführer der N***** Ltd Hong Kong (im Folgenden kurz N***** Ltd); er benützt diese Gesellschaft für "parallele Tätigkeiten" der Klägerin, beispielsweise zur Eintreibung offener Forderungen, die Abwicklung von Lieferungen etc. Die P***** Inc (kurz P***** Inc), die in Kalifornien (USA) registriert ist, steht im Eigentum von John C***** und beschäftigt sich im Wesentlichen mit dem Verkauf von Metallprodukten an den amerikanischen Markt. Sowohl P***** Inc als auch N***** Ltd sind als Handelsagenten der Klägerin tätig. Die N***** Ltd G***** (in der Folge nur mehr N***** G***** genannt) ist eine Handelsfirma, in deren Namen Chris H***** auftrat und Geschäfte zwischen den Streitteilen vermittelte.

Die Beklagte, deren Hauptniederlassung in Österreich ist, stellt ua aus Tantalpulver Tantaldraht her, der in der Elektronikindustrie, etwa in Handys, PCs, Autos, Herzschrittmachern usw, verwendet wird. Der fertige Draht muss bestimmten Spezifikationen der Abnehmer entsprechen. Für die Fertigung und die Eigenschaften des Tantaldrahtes ist

die Qualität des verwendeten Tantalpulvers von großer Bedeutung. Insbesondere der Sauerstoffgehalt des Pulvers ist bedeutsam, da es bei einem erhöhten Sauerstoffgehalt zu einer hohen Festigung kommt. Dies kann bis zu einer gewissen Grenze durch Sondermaßnahmen und Mischung mit Pulver besserer Qualität verhindert werden, erschwert aber die Verarbeitbarkeit und erhöht - in einem nicht von vornherein berechenbaren Ausmaß - die Produktionskosten. Bis zu einem Sauerstoffgehalt von ca 1100 µg/g kann das Pulver rein verarbeitet werden, bei einem Sauerstoffgehalt von 1300 µg/g ist eine Fertigung mit einer Mischung von 50 : 50 mit Tantalpulver mit niedrigem Sauerstoffgehalt möglich, bei noch höherem Sauerstoffgehalt müssen Sondermaßnahmen getroffen und das Mischungsverhältnis weiter reduziert werden.

Der bereits erwähnte Chris H*****, der deutsch spricht, während Alan und John C***** der deutschen Sprache nicht mächtig sind, handelt mit Erzen und Metallen und lieferte der Beklagten bereits seit Jahren zur beiderseitigen Zufriedenheit Tantalstangen aus Kasachstan. Harald M*****, der als einer der Prokuristen der Beklagten für den Einkauf von Rohstoffen zuständig ist, fragte daher bei H***** an, ob er auch Tantalpulver liefern könne und übersandte ihm am 19. 8. 1999 die Spezifikation der Beklagten für Tantalpulver in englischer Sprache. Diese Spezifikation enthält alle von der Beklagten geforderten chemischen und physikalischen Eigenschaften und legt die Qualität fest, die als Basis für die Herstellung von Tantalprodukten von der Beklagten verlangt wird. Es werden maximale Werte für verschiedene Verunreinigungen des Tantalpulvers angeführt. Unter anderem ist der maximale Sauerstoffgehalt mit 1100 µg/g festgehalten. Chris H*****, der selbst nicht in der Lage war, Tantalpulver zu liefern, setzte sich mit Alan und John C***** in Verbindung und übersandte die Rohstoffspezifikation der Beklagten an diese. Mit E-Mail vom 15. 11. 1999 teilte er der Beklagten sodann mit, dass es einen Produzenten in China gebe, der anfrage, ob in vier Bereichen niedrigere Standards, darunter auch ein erhöhter Sauerstoffgehalt von 1300 µg/g, akzeptabel wären. Harald M***** forderte H***** daraufhin auf, ein Muster von 1 kg zur Verfügung zu stellen. Die Analyse des von H***** gelieferten betreffenden Musters ergab der Spezifikation der Beklagten entsprechende Werte.

Die Beklagte entschloss sich deshalb, weiteres Tantalpulver für eine weitere Erprobung zu bestellen. Nach Absprache mit Chris H***** bestellte sie bei N***** G***** am 26. 1. 2000 41 kg Tantalpulver, wobei die Bestellung auf englisch erfolgte und in dieser Sprache auf die in deutscher Sprache auf der Rückseite der Bestellung abgedruckten Einkaufsbedingungen verwiesen wurde. Die 41 kg wurden am 15. 2. 2000 von der Klägerin geliefert. Eine von der Beklagten vorgenommene Analyse ergab, dass das Muster weder der Spezifikation noch dem 1 kg Analysemuster entsprach; es wies einen Sauerstoffgehalt von 1153 µg/g auf. Das Muster wurde am 11. 2. 2000 von der Klägerin in Rechnung gestellt, allerdings in der Folge nach Rücksprache mit Chris H***** von der Beklagten an N***** G***** bezahlt.

Da das Tantalpulver laut 41 kg-Muster für die Beklagte dennoch interessant war, bestellte diese nach Rücksprache mit Chris H***** am 19. 7. 2000 direkt bei der Klägerin 500 kg Tantalpulver, Sinterqualität für Erprobungszwecke und bezog sich dabei auf die "telefonischen Verhandlungen zwischen Chris H***** und Harald M*****". Auch diese Bestellung erfolgte in englischer Sprache und unter englischsprachigem Hinweis auf die auf der Rückseite der Bestellung in deutsch abgedruckten Einkaufsbedingungen der Beklagten. Die darauf erfolgte Lieferung der Klägerin, die gegen die Einkaufsbedingungen nicht protestierte, wurde von der Beklagten analysiert und das Ergebnis der Klägerin am 24. 8. 2000 übersandt. Der Sauerstoffgehalt dieses Musters lag bei 1153 µg/g. Die betreffende Musterlieferung wurde der Beklagten von N***** Ltd als Agent für die Klägerin am 25. 10. 2000 in Rechnung gestellt.

Nach Verhandlungen mit Chris H***** und John C***** bestellte die Beklagte sodann am 31. 8. 2000 bei N***** G***** (neuerlich in englischer Sprache und unter englischsprachigem Hinweis auf die auf der Rückseite des Bestellformulars in deutsch aufgedruckten Einkaufsbedingungen der Beklagten) weitere 3000 kg Tantalpulver gemäß "Musterlos #0001T2-1". Damit bezog sich die Beklagte auf die Bestellung und Lieferung des 41 kg-Musters und bezeichnete dieses auch in der Folge so. Die Klägerin lieferte das bestellte Pulver in mehreren Teillieferungen zwischen 5. 9. 2000 und 7. 3. 2001. Die betreffenden Rechnungen wurden jeweils von N***** Ltd als Agent für die Klägerin ausgestellt und Bezahlung an N***** G***** verlangt. Die Teillieferung vom 5. 9. 2000 wies einen Sauerstoffgehalt zwischen 1276 µg/g und 1420 µg/g auf.

Am 21. 9. 2000 fragte John C***** bei der Beklagten telefonisch an, ob auch ein Sauerstoffgehalt von 1400 µg/g akzeptabel wäre, was Harald M***** aber verneinte und einen Wert von 1250 µg/g als Maximum nannte.

Nach weiteren Telefonaten, bei welchen neben dem Sauerstoffgehalt auch über die chinesische Herstellerfabrik

Z***** gesprochen wurde, kamen M***** und John C***** überein, dass auch von dieser Fabrik ein Muster bestellt werden sollte. Am 28. 11. 2000 lieferte die Klägerin der Beklagten ein Tantalpulvermuster von 150 g mit der Bezeichnung "lot 2000-3" samt einem chinesischen Analysezertifikat, wonach der Sauerstoffgehalt 0,13 % (ds 1300 µg/g) betrug.

Ende 2000/Anfang 2001 herrschte ein Spitzenbedarf an Tantalpulver und die Preise waren in sehr kurzer Zeit sehr stark gestiegen.

Anfang 2001 teilte Harald M***** Chris H***** mit, dass die Beklagte Interesse an 10.000 kg Tantalpulver habe, das der Qualität und den Analysewerten des 41 kg-Musters sowie der Lieferung vom 28. 11. 2000 (lot 2000-3) entsprechen müsse. H***** leitete die Anfrage an John C***** weiter, da dieser Auftrag für seine Firma zu groß war. John C***** übersandte im Namen von P***** Inc ein Angebot über die Lieferung von 10.000 kg Tantalpulver zu einem Preis von US$ 1049,40 pro kg bei monatlichen Lieferungen von 1600 kg von Februar bis Juli 2001 an die Beklagte. Die Spezifikation wurde vorgenommen durch die Formulierung "metallurgische Qualität - 180 - mesh Pulver aus Quellen wie für den Musterposten Nr 0001T2-1 und Z*****, Posten 2000-3. Am 3. 1. 2001 kam es anlässlich eines Telefongespräches zwischen Harald M***** und John C***** zu Modifikationen dieses Anbotes. Die Menge wurde auf 9000 kg reduziert und die Lieferzeit sowie die Materialdokumentation besprochen. Aus den 9000 kg Pulver sollten 6000 kg Tantaldraht hergestellt werden, wofür die Beklagte einen fixen Auftrag hatte. Am 4. 1. 2001 übersandte John C***** auf Briefpapier der P***** Inc zur Bestätigung des Telefonates vom 3. 1. 2001 ein Fax, in dem er das Kaufgeschäft zwischen den Streitteilen bestätigte und als Spezifikation wiederum "Pulver mit metallurgischer Qualität aus Quellen wie für den Musterposten Nr 001T2-1 und Z*****" nannte, wobei die Spezifikation insofern vom Angebot vom 2. 1. 2001 abwich, als die Definition "180 mesh" entfiel und Vereinbarungen über die Materialdokumentation und Art der Rechnungstellung aufgenommen wurden.

Die Beklagte übersandte der Klägerin ihrerseits am 4. 1. 2001 auf Grund des erwähnten Telefonates eine Bestellung in englischer Sprache, in der sie sich auf das Angebot John C***** vom 2. 1. 2001 bezog, ua folgenden Inhalts:

Wir bestellen hiermit laut unseren auf der Rückseite angeführten Einkaufsbedingungen zur Lieferung an P***** [Beklagte] zur Bestätigung der telefonischen Bestellung vom 3. 1. 2001 durch Herrn H. M***** an Herrn J. C***** und ihres Faxes vom 4. Jänner 2001 9000 kg Tantalpulver, Sinterqualität Korngröße ca 180 mesh, ex China, gemäß Musterlos#0001T2-1 und Z*****, Los#2000-3 zu einem Preis pro Einheit in US$ 1.049,40, zu einem Gesamtnettopreis von US$ 9,444.600,-- zur Lieferung bis spätestens 2. 8. 2001.

Auf der Rückseite der Bestellung waren die Einkaufsbedingungen der Beklagten in deutscher Sprache abgedruckt. Dieses, wie auch andere vorangegangene Bestellformulare wurde weder von der Klägerin noch von N***** Ltd unterzeichnet zurückgesandt, sondern es folgten die Lieferungen, wobei in den Lieferscheinen und Rechnungen jeweils auf die (von der Beklagten angegebenen) Auftragsnummern Bezug genommen wurde. Eine Unterzeichnung des Bestellformulares durch Alan oder John C***** erfolgte nicht, weil letzterer die Ansicht vertrat, dass der Vertrag bereits telefonisch zustandegekommen sei. Gegen die Bestellung wurden weder telefonisch noch schriftlich Einwände erhoben. Sowohl John C***** als auch Harald M***** war klar, dass Tantalpulver gemäß den chemischen und physikalischen Werten der Musterlose #001T2-1 und Z*****, #2000-3 bestellt wurde und zu liefern war.

Die Klägerin bediente sich zur Herstellung des Tantalpulvers zweier chinesischer Fabriken, nämlich der in der Bestellung erwähnten und der Beklagten bekannten Z***** (Z***** C***** C***** W*****) und der damals der Beklagten noch nicht namentlich bekannten C***** T***** & N***** S*****. Beide Fabriken stellen Tantalpulver unterschiedlichster Qualität her, je nachdem für welchen Zweck das Pulver benötigt wird.

Die Klägerin bestellte in der Folge das Rohmaterial zur Herstellung der 9000 kg Tantalpulver und vereinbarte mit den beiden erwähnten Fabriken die Weiterverarbeitung. Mit Telefax vom 2. 3. 2001 wurden der Beklagten die Liefertermine für März, April und Mai bekanntgegeben und es wurde mitgeteilt, dass Tantalpulver für die Lieferungen Juni, Juli und August bereits auf Lager sei.

Ab März 2001 ging die Nachfrage bei Tantalprodukten zurück und es kam zu einem starken Preisabfall. Am 19. 3. 2001 teilte die Beklagte der Klägerin dies mit; ihre Verkaufspreise, die auf Basis des Einkaufspreises kalkuliert worden seien, fänden keine Akzeptanz am Absatzmarkt mehr. Es sollten daher die ersten drei Lieferungen zu je 1500 kg zwar wie vereinbart erfolgen, die Lieferung der übrigen 4500 kg sollte jedoch auf später verschoben werden. Die Beklagte wolle aber am Vertrag festhalten und erklärte sich damit einverstanden, dass die Rechnung von N***** Ltd statt von N*****

G***** ausgestellt werde.

Mit Fax vom 12. 4. 2001 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass die Nachfrage für Tantaldraht um mehr als 50 % eingebrochen sei und bat um Aufschiebung der ersten drei Lieferungen. Die restlichen 4500 kg Tantalpulver würden erst Anfang des nächsten Jahres gebraucht.

Anfang April 2001 wurden die ersten 1500 kg Tantalpulver geliefert und der Beklagten von N***** Ltd in Rechnung gestellt. 400 kg dieser Lieferung wiesen einen Sauerstoffgehalt von 1937 µg/g, 600 kg einen Sauerstoffgehalt von 2248 µg/g auf. Unter gleichzeitiger Übersendung der Analyseblätter teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass dieses Material nicht verwendet werden könne und ersuchte um Abholung und Austausch in geeignetes Material. Die restlichen 500 kg Tantalpulver wiesen Sauerstoffwerte von 1514 µg/g bzw 1734 µg/g auf. Dieses Material wurde von der Beklagten als "akzeptabel" bezeichnet und angenommen, weil es mit Material anderer Hersteller mit sehr niedrigem Sauerstoffgehalt vermengt werden konnte und so in der Produktion einsetzbar war. Die Klägerin sicherte zu, die Waren so schnell als möglich abzuholen und versicherte, "die Ursache für die Probleme zu erheben und an einer Lösung zu arbeiten". Mit Fax vom 3. 5. 2001 teilte die Klägerin mit, dass bereits 3751,10 kg Tantalpulver auf Grund der Bestellung der Beklagten hergestellt worden seien und ersuchte darum, diese Menge bis zum 1. 8. 2001 abzunehmen, den Rest bis zum 1. 11. 2001. Am 2. 6. 2001 wurden 1150 kg Ersatzmaterial für die beanstandete Ware der ersten Lieferung geliefert und von N***** Ltd der Klägerin in Rechnung gestellt. Das Ersatzmaterial wies einen Sauerstoffgehalt von 1405 µg/g bzw 1384 µg/g auf.

Von der Beklagten wurde um Mitteilung der Namen der Hersteller gebeten, um die Produktionswerke besichtigen zu können. Nach Abschluss einer "Nichtumgehungsvereinbarung" gab die Klägerin der Beklagten mit Fax vom 7. 5. 2001 die Lieferanten Z***** und C***** bekannt. Vom 10. bis zum 12. 6. 2001 kam es zu einem Besuch von Vertretern der Beklagten gemeinsam mit Alan und John C***** bei diesen Herstellerfabriken in China. Zweck dieser Reise sollte sein, sich einen persönlichen Eindruck über die Werke zu verschaffen und mit den Verantwortlichen über die Qualität des Tantalpulvers zu sprechen. Die Vertreter der Beklagten stellten bei ihrem Besuch fest, dass sich die Fabriken auf einem technischen Stand von 1970 befanden, der Gebäude- und Anlagenzustand stark verbesserungsbedürftig war, Sicherheitsmängel vorlagen und nur mangelhafte analytische Ausrüstung vorhanden war. Es wurde mit den Verantwortlichen der Fabriken über die Qualität des Tantalpulvers diskutiert, die Spezifikation der Beklagten übergeben und dargelegt, dass von der Beklagten eine Qualitätssteigerung erwartet werde. Sowohl Z***** als auch C***** waren in der Lage, eine sehr breite Palette von Tantalpulver unterschiedlichster Qualitäten herzustellen. Z***** erzeugt fünf verschiedene Qualitäten von Tantalpulver für metallurgische Anwendungen und 20 verschiedene Qualitäten für Kondensatoranwendungen. C***** erzeugt zwei verschiedene Qualitäten für metallurgische Anwendungen und vier verschiedene Qualitäten für Kondensatoranwendungen. Jede der genannten Qualitäten der beiden Fabriken weist einen unterschiedlichen Sauerstoffgehalt auf. Nach der Rückkehr aus China und Vorliegen der Analyse der Tantalpulverersatzlieferung von Anfang Juni 2001 gelangten die Vertreter der Beklagten zur Ansicht, dass es den Herstellerwerken angesichts der dort herrschenden Zustände kaum möglich sein werde, Tantalpulver der geforderten Qualität zu liefern.

Mit Schreiben vom 26. 6. 2001 teilte die Beklagte der Klägerin erneut mit, dass die Nachfrage nach Tantaldraht stark zurückgegangen und sie auf Grund des Preisverfalles nicht mehr konkurrenzfähig sei. Weiters wies die Beklagte die Klägerin darauf hin, dass sie Tantalpulver nur mit mindestens der im Auftrag vom 4. 1. 2001 genannten Qualität durch Mischen mit Pulver europäischer Provenienz als "Referenz" verwenden könne. Als "Zeichen des guten Willens" werde die (Ersatz-)Lieferung von 1150 kg akzeptiert, obwohl die Qualität nicht mit den Referenzmustern verglichen werden könne. Beim derzeit herrschenden Markt werde eine Menge von ca 3000 kg laut Referenzmustern, vermischt mit Spitzenqualität, den Bedarf der Beklagten bis April 2002 decken. Die Klägerin möge verstehen, dass die Beklagte nicht mehr als 3000 kg dieses Pulvers zum Preis von US$ 1049,40 pro kg nehmen könne. Von diesen 3000 kg habe die Klägerin bereits 1650 kg geliefert.

Am 4. 7. 2001 wurden von der Klägerin weitere 1367,10 kg Tantalpulver geliefert und von N***** Ltd am 30. 6. 2001 der Beklagten in Rechnung gestellt. Gemäß den mitgelieferten Analysen wiesen 717,1 kg dieses Tantalpulvers einen Sauerstoffgehalt von 1300 µg/g und 650 kg einen Sauerstoffgehalt von 1400 µg/g auf. Die Analysen der Beklagten ergaben Sauerstoffwerte von 1474 µg/g und 1296 µg/g. Mit Schreiben vom 12. 7. 2001, dem sie ihre Analysenbestätigung beilegte, teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie wiederum als Zeichen ihres guten Willens die betreffende Lieferung akzeptiere, obwohl die Qualität nicht den Anforderungen entspreche. Durch die Annahme

dieser Lieferung mit einem Gesamtnettogewicht von 1150 kg könne die Beklagte (aber) nicht bestätigen, Qualität laut Vertrag erhalten zu haben.

Darauf suchten John C***** und Chris H***** am 30. 7. 2001 die Beklagte in R***** auf. Bei diesem Besuch wurde einerseits die Marktsituation besprochen, andererseits die Qualität des Pulvers und eine Vertragsauflösung diskutiert. John C***** und Chris H***** unterbreiteten der Beklagten mehrere Vorschläge zur Lösung der Probleme, zB durch Ersatzlieferungen von anderen Materialien, die aber für die Beklagte nicht akzeptabel waren, sodass es zu keiner Einigung kam. Von Seiten der Beklagten wurde erneut erklärt, dass mit der Abnahme der letzten Lieferung der Vertrag aufgelöst sei.

In einem Schreiben vom 3. 8. 2001 wies die Klägerin die Beklagte darauf hin, dass für sie, wie bereits mündlich erklärt, diese einseitige Aufkündigung nicht annehmbar sei.

In ihrem Antwortschreiben vom 16. 8. 2001 wies die Beklagte darauf hin, dass sie auf Grund des unverlässlichen Gütegrades des von der Klägerin gelieferten Materiales den Anteil dieses Pulvers in der Mischung reduzieren habe müssen und somit auch auf Grund der schlechten Auftragslage keine Verwendungsmöglichkeit mehr für Pulver derartiger Qualität habe. Ihr Vertrauen in die Qualität des von der Klägerin gelieferten Pulvers sei dahingeschwunden.

Am 30. 10. 2001 lieferte die Klägerin der Beklagten weitere 1500 kg Tantalpulver. Der Lieferung lag ein Qualitätszertifikat bei, in dem ein Sauerstoffgehalt von 968 µg/g angeführt war. Diese Lieferung wurde von der Beklagten nicht angenommen und die Klägerin mit Schreiben vom 30. 10. 2001 unter Hinweis darauf, dass der Auftrag nach Lieferung und Bezahlung von insgesamt 3017,10 kg Tantalpulver storniert worden sei, aufgefordert, die Ware wiederum abzuholen. Dieser Aufforderung kam die Klägerin nicht nach. Die Beklagte hat den betreffenden Kaufpreis von US$ 1,574.100,-- nicht bezahlt.

Die Einkaufsbedingungen der Beklagten lauten auszugsweise wie folgt:

Für von der P***** AG ... (im Folgenden kurz als "Besteller" bezeichnet) erteilte Aufträge gelten, sofern nicht abweichend vereinbart, die nachfolgenden Bedingungen. Sie gelten auch, wenn der Lieferant ausdrücklich etwas anderes bestätigt. Durch Entgegennahme von Bestellungen der P***** AG ... erklärt sich der Lieferant hiermit einverstanden. Stillschweigen des Bestellers gegenüber Bedingungen des Lieferanten gilt in keinem Fall als Anerkennung oder Zustimmung. Jede Bestimmung dieser Einkaufsbedingungen ist für sich allein gültig.

1) Angebote/Bestellungen:

... Bestellungen haben nur Gültigkeit, wenn sie schriftlich erfolgt und von zwei Bevollmächtigen des Bestellers unterzeichnet sind. Mündliche Abmachungen bedürfen der schriftlichen Bestätigung. Ohne schriftlichen Einwand des Lieferanten binnen 14 Tagen nach Erhalt der Bestellung der P***** AG ... gilt diese als vom Lieferanten akzeptiert. Für Abrufaufträge besteht auch nach Fertigstellung des Bestellgegenstandes eine Abnahmeverpflichtung erst nach ausdrücklichem Abruf durch den Besteller. Der Lieferant anerkennt außerdem jederzeit korrigierte Auslieferungstermine.

...

5) Gewährleistung:

Der Lieferant übernimmt die Gewähr, dass der Liefergegenstand die vertraglich zugesicherten Eigenschaften hat, dem derzeitigen Stand der Technik entspricht, die handelsübliche Güte aufweist und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder ändern. Außerdem haftet der Lieferant, dass der Verkauf des Liefergegenstandes keine Rechte anderer verletzt und ihm keine gesetzlichen Anordnungen entgegenstehen.

Auftretende Mängel im Sinne des Abs 1 berechtigen den Besteller, nach seiner Wahl entweder Austausch, Preisminderung, Mängelbeseitigung bzw Verbesserung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen und vom Vertrag zurückzutreten. ... Der Lieferant verzichtet auf den Einwand der verspäteten Mängelrüge. Die Mängelrüge ist darüber hinaus jedenfalls rechtzeitig, wenn sie binnen 2 Monaten ab Übernahme der Ware erhoben wird . ... Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der Übergabe des Liefergegenstandes an der vom Beklagten vorgeschriebenen Empfangsstelle. Für nachgebesserte oder ersetzte Liefergegenstände beginnt sie neu zu laufen.Auftretende Mängel im Sinne des Absatz eins, berechtigen den Besteller, nach seiner Wahl entweder Austausch, Preisminderung,

Mängelbeseitigung bzw Verbesserung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen und vom Vertrag zurückzutreten. ... Der Lieferant verzichtet auf den Einwand der verspäteten Mängelrüge. Die Mängelrüge ist darüber hinaus jedenfalls rechtzeitig, wenn sie binnen 2 Monaten ab Übernahme der Ware erhoben wird . ... Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der Übergabe des Liefergegenstandes an der vom Beklagten vorgeschriebenen Empfangsstelle. Für nachgebesserte oder ersetzte Liefergegenstände beginnt sie neu zu laufen.

...

12) Gerichtsstand, gesetzliche Vorschriften:

Zwischen Besteller und Lieferant wird die Geltung des österreichischen Rechtes vereinbart. ...

Mit der Klage begehrte die Klägerin von der Beklagten die Bezahlung von US$ 1,574.100,-- sA sowie von weiteren US$ 4,704.355,03 Zug um Zug gegen Lieferung von weiteren 4.482,09 kg Tantalpulver mit einer Korngröße von 180 mesh und aus denselben Bezugsquellen wie die Proben #0001T2-1 und Z***** lot 2000-3. Dazu brachte die Klägerin im Wesentlichen vor, der Austausch jenes Teils der Lieferung, der nach Ansicht der Beklagten einen zu hohen Sauerstoffgehalt aufgewiesen habe, gegen Tantalpulver mit niedrigerem Sauerstoffgehalt sei aus reinem Entgegenkommen erfolgt. Ein Mangel sei nicht vorgelegen, da niemals ein genauer Wert für den Sauerstoffgehalt zwischen den Parteien vereinbart worden sei. Vereinbart sei nur gewesen, dass das Tantalpulver aus einer bestimmten Bezugsquelle kommen müsse, von der auch die vor Vertragsabschluss übermittelten Proben stammten. Die Angabe der Bezugsquelle sei als Referenz für die Qualität ausreichend, da es nur so wenige Produzenten dieses Materials gebe und die Marktteilnehmer daher genau wüssten, welche Qualität aus welcher Quelle erhältlich sei. Sie, die Klägerin, sei trotz der angeblichen Mängel nicht zum Austausch der Ware aufgefordert worden. Durch das vorbehaltlose Akzeptieren von Lieferungen mit einem Sauerstoffgehalt von über 1153 (bzw 1300) µg/g durch die Beklagte sei es - selbst wenn, wie die Beklagte behaupte, die beiden Muster tatsächlich Vertragsinhalt gewesen seien - zu einer schlüssigen Vertragsänderung gekommen. Zwischen den Streitteilen habe es vor dem gegenständlichen Vertrag keine ständige Geschäftsbeziehung gegeben. Die Vertragssprache sei englisch gewesen, die - zudem in deutsch abgefassten - AGB der Beklagten seien nicht vereinbart worden.

D i e Beklagte beantragte Klagsabweisung. Die durch Chris H***** als Vermittler zustandegekommene Geschäftsbeziehung der Streitteile gehe bis ins Jahr 1999 zurück. Auch Aufträge, die an N***** G***** gegeben worden seien, hätten ausschließlich die Klägerin betroffen. Auch Chris H***** sei als Vertreter von N***** Ltd für die Klägerin aufgetreten. Dieser sei bekannt gewesen, dass die Eigenschaften des Tantalpulvers, besonders der Sauerstoffgehalt von wesentlicher Bedeutung sei und sie, die Beklagte, nur Ware kaufe, die den Mustern entspreche. Im Anbot vom 2. 1. 2001 sei die Spezifikation der Ware festgelegt worden. Einer Definition, wonach das Tantalpulver nur aus den gleichen Bezugsquellen stammen müsste, aber von schlechter Qualität sein dürfte, hätte sie niemals zugestimmt. Einer derartige Vereinbarung wäre auch gänzlich unüblich. Ihre Einkaufsbedingungen seien wirksam vereinbart worden. Da die Lieferungen der Klägerin der vereinbarten Qualität nach den festgelegten Referenzmustern nicht entsprochen hätten, habe sie schließlich schriftlich und mündlich ihren Rücktritt vom Vertrag erklärt und die trotz dieser Rücktrittserklärung erfolgte weitere Lieferung der Klägerin vom 30. 10. 2001 nicht mehr angenommen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es ging rechtlich davon aus, dass auf das Vertragsverhältnis der Streitteile das sowohl von Österreich als auch von der Volksrepublik China ratifizierte UN-Kaufrecht anzuwenden sei und zwar auch im Falle der Vereinbarung österreichischen Rechtes, da dieses das UN-K in seinem Rechtsbestand miteinschließe und die Anwendung des Übereinkommens nicht ausgeschlossen worden sei. Auf Grund eines Vorbehalts Chinas fänden die Vorschriften des Art 12 UN-K über die Formfreiheit bei Abschuss, Änderung und Aufhebung von Verträgen keine Anwendung. Nach dem hinsichtlich dieser Frage anzuwendenden chinesischem Recht ergebe sich, dass der Vertragsabschluss dem Formerfordernis der Schriftlichkeit unterliege, wobei der Begriff der Schriftlichkeit weit auszulegen sei, da nach § 11 des neuen chinesischen Vertragsgesetzes Verträge auch durch Übersendung von E-Mails per Fax geschlossen werden könnten. Zudem könne ein Formmangel gemäß § 36 dieses Gesetzes durch Erfüllung geheilt werden. Das Zustandekommen des gegenständlichen Vertrages sei nach Art 14 f UN-K zu beurteilen. Das Fax der Klägerin vom 2. 1. 2001 stelle ein Angebot iSd Art 14 UN-K dar. Die Vereinbarungen am Telefon am 3. 1. 2001 könnten nicht als Vertragsabschluss gewertet werden, da sie einerseits mündlich erfolgt seien, obwohl Schriftlichkeit gefordert sei, andererseits auch die Parteien nicht über alle Punkte Einigung erzielt hätten. Die Bestellung vom 4. 1. 2001 sei gemäß Art 19 Abs 1 UN-K eine Ablehnung des neuerlichen Angebotes der Klägerin vom 4. 1. 2001

gewesen, da die Bedingungen des Angebotes im Hinblick auf die Spezifikation des Tantalpulvers wesentlich geändert worden seien, und stelle ein Gegenangebot dar. Dieses sei von der Klägerin zwar nicht ausdrücklich angenommen worden; es sei allerdings üblich gewesen, dass die Klägerin die Bestellungen der Beklagten akzeptiert und bestellungsgemäß geliefert habe, auch wenn sie diese nicht beantwortet habe. Es handle sich um eine die Parteien bindende Gepflogenheit iSd Art 9 UN-K. Vertragsgrundlage zwischen den Parteien sei daher die Bestellung vom 4. 1. 2001 der beklagten Partei. Diese habe auf die Gültigkeit ihrer AGB hingewiesen, die auch Gültigkeit entfalten könnten, obwohl sie in deutscher Sprache übermittelt worden seien. Die Muster, auf die sich die Beklagte bei der Bestellung bezogen habe, hätten alle Eigenschaften der zu liefernden Ware, vor allem den maximalen Sauerstoffgehalt festlegen sollen. Die von der Klägerin gelieferte Ware sei nicht vertragsgemäß gewesen, da der Sauerstoffgehalt des gelieferten Tantalpulvers die Höchstwerte der Muster überschritten habe. Die Beklagte habe fristgemäß die Qualitätsmängel der Lieferungen der Klägerin angezeigt und den Mangel genau bezeichnet. Sie sei daher ihrer Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach Art 38 und 39 UN-K ordnungsgemäß nachgekommen. In der Annahme der Ware, die nicht der vereinbarten Qualität entsprochen habe, sei noch keine konkludente Vertragsänderung zu erblicken, da damit nicht zum Ausdruck gebracht worden sei, dass die Beklagte die Qualitätsanforderungen auf den gesamten Betrag hin bezogen ändern habe wollen. Halte man sich vor Augen, dass zwei Drittel der ersten Lieferung der Klägerin absolut unbrauchbar gewesen und ausgetauscht worden seien, während das letzte Drittel akzeptabel gewesen sei, aber nicht dem Muster entsprochen habe, dass weiters auch weder die Ersatzlieferung noch die weitere Lieferung von Ende Juni 2001 den vereinbarten Mustern entsprochen habe und dass die Beklagte auf Grund der Reise zu den chinesischen Herstellerfabriken zur Ansicht gelangt sei, dass auf Grund deren technischer Ausrüstung keine Verbesserung der Qualität zu erwarten sei, sei von einer wesentlichen Vertragsverletzung und einer rechtzeitigen Rüge auszugehen. Da ihr Vertragsrücktritt daher zu Recht erfolgt sei, sei die Beklagte weder zur Annahme und Bezahlung der Lieferung vom Oktober 2001, noch zur Abnahme der restlichen 4482,09 kg Tantalpulver verpflichtet.Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es ging rechtlich davon aus, dass auf das Vertragsverhältnis der Streitteile das sowohl von Österreich als auch von der Volksrepublik China ratifizierte UN-Kaufrecht anzuwenden sei und zwar auch im Falle der Vereinbarung österreichischen Rechtes, da dieses das UN-K in seinem Rechtsbestand miteinschließe und die Anwendung des Übereinkommens nicht ausgeschlossen worden sei. Auf Grund eines Vorbehalts Chinas fänden die Vorschriften des Artikel 12, UN-K über die Formfreiheit bei Abschuss, Änderung und Aufhebung von Verträgen keine Anwendung. Nach dem hinsichtlich dieser Frage anzuwendenden chinesischem Recht ergebe sich, dass der Vertragsabschluss dem Formerfordernis der Schriftlichkeit unterliege, wobei der Begriff der Schriftlichkeit weit auszulegen sei, da nach Paragraph 11, des neuen chinesischen Vertragsgesetzes Verträge auch durch Übersendung von E-Mails per Fax geschlossen werden könnten. Zudem könne ein Formmangel gemäß Paragraph 36, dieses Gesetzes durch Erfüllung geheilt werden. Das Zustandekommen des gegenständlichen Vertrages sei nach Artikel 14, f UN-K zu beurteilen. Das Fax der Klägerin vom 2. 1. 2001 stelle ein Angebot iSd Artikel 14, UN-K dar. Die Vereinbarungen am Telefon am 3. 1. 2001 könnten nicht als Vertragsabschluss gewertet werden, da sie einerseits mündlich erfolgt seien, obwohl Schriftlichkeit gefordert sei, andererseits auch die Parteien nicht über alle Punkte Einigung erzielt hätten. Die Bestellung vom 4. 1. 2001 sei gemäß Artikel 19, Absatz eins, UN-K eine Ablehnung des neuerlichen Angebotes der Klägerin vom 4. 1. 2001 gewesen, da die Bedingungen des Angebotes im Hinblick auf die Spezifikation des Tantalpulvers wesentlich geändert worden seien, und stelle ein Gegenangebot dar. Dieses sei von der Klägerin zwar nicht ausdrücklich angenommen worden; es sei allerdings üblich gewesen, dass die Klägerin die Bestellungen der Beklagten akzeptiert und bestellungsgemäß geliefert habe, auch wenn sie diese nicht beantwortet habe. Es handle sich um eine die Parteien bindende Gepflogenheit iSd Artikel 9, UN-K. Vertragsgrundlage zwischen den Parteien sei daher die Bestellung vom 4. 1. 2001 der beklagten Partei. Diese habe auf die Gültigkeit ihrer AGB hingewiesen, die auch Gültigkeit entfalten könnten, obwohl sie in deutscher Sprache übermittelt worden seien. Die Muster, auf die sich die Beklagte bei der Bestellung bezogen habe, hätten alle Eigenschaften der zu liefernden Ware, vor allem den maximalen Sauerstoffgehalt festlegen sollen. Die von der Klägerin gelieferte Ware sei nicht vertragsgemäß gewesen, da der Sauerstoffgehalt des gelieferten Tantalpulvers die Höchstwerte der Muster überschritten habe. Die Beklagte habe fristgemäß die Qualitätsmängel der Lieferungen der Klägerin angezeigt und den Mangel genau bezeichnet. Sie sei daher ihrer Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach Artikel 38 und 39 UN-K ordnungsgemäß nachgekommen. In der Annahme der Ware, die nicht der vereinbarten Qualität entsprochen habe, sei noch keine konkludente Vertragsänderung zu erblicken, da damit nicht zum Ausdruck gebracht worden sei, dass die Beklagte die Qualitätsanforderungen auf den gesamten Betrag hin bezogen ändern habe wollen. Halte man sich vor

Augen, dass zwei Drittel der ersten Lieferung der Klägerin absolut unbrauchbar gewesen und ausgetauscht worden seien, während das letzte Drittel akzeptabel gewesen sei, aber nicht dem Muster entsprochen habe, dass weiters auch weder die Ersatzlieferung noch die weitere Lieferung von Ende Juni 2001 den vereinbarten Mustern entsprochen habe und dass die Beklagte auf Grund der Reise zu den chinesischen Herstellerfabriken zur Ansicht gelangt sei, dass auf Grund deren technischer Ausrüstung keine Verbesserung der Qualität zu erwarten sei, sei von einer wesentlichen Vertragsverletzung und einer rechtzeitigen Rüge auszugehen. Da ihr Vertragsrücktritt daher zu Recht erfolgt sei, sei die Beklagte weder zur Annahme und Bezahlung der Lieferung vom Oktober 2001, noch zur Abnahme der restlichen 4482,09 kg Tantalpulver verpflichtet.

Infolge Berufung der Klägerin änderte das Gericht zweiter Instanz die Entscheidung des Erstgerichtes dahin ab, dass es die Beklagte schuldig erkannte, der Klägerin 1.) US$ 1,574.100,-- samt Zinsen und 2.) weitere US$ 4,704.355,30 zu bezahlen, letztere Zahlung Zug um Zug gegen die Lieferung von weiteren 4482,90 kg Tantalpulver mit einer Größe von 180 mesh und aus denselben Bezugsquellen sowie mit derselben Qualität wie die Proben #0001T2-1 und Z***** lot 2000-3 und mit einem maximalen Sauerstoffgehalt von 1299 µg/g.

Die Ausführungen des Berufungsgerichtes lassen sich dahin zusammenfassen, Hong Kong, das seit 1. Juli 1997 (wieder) ein Teil des chinesischen Staatsgebietes sei, verfüge als Sonderverwaltungsregion über einen hohen Grad an Autonomie. Lediglich in Fragen auswärtiger Angelegenheiten und der Landesverteidigung sei die Zentralregierung zuständig. Völkerrechtliche Verpflichtungen und Verträge der Volksrepublik China seien dem Bereich auswärtiger Angelegenheiten zuzuordnen, sodass in diesem Bereich die Autonomie der Sonderverwaltungsregion Hong Kong eingeschränkt bzw ausgeschlossen sei. Bilaterale Verträge der Volksrepublik China und multilaterale völkerrechtliche Verträge, denen China beigetreten sei, hätten daher auch für die Sonderverwaltungsregion Hong Kong Gültigkeit. Dies habe zur Folge, dass das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf (CISG) als multilateraler völkerrechtlicher Vertrag auch für das Sonderverwaltungsgebiet Hong Kong Gültigkeit habe, da China Vertragsstaat dieses Übereinkommens sei. Auf den vorliegenden Rechtsfall seien daher die Bestimmungen des CISG (im Folgenden UN-K) anzuwenden.

Zur Frage der Einbeziehung der AGB der Beklagten in das gegenständliche Vertragsverhältnis sei auszuführen: Dem Verwender von AGB obliege es, den Text der AGB an den Erklärungsgegner zu übersenden oder zu überreichen. Insbesondere habe der Verwender dabei zu berücksichtigen, dass die Sprache des AGB-Textes mit der Verhandlungssprache bzw der Vertragssprache oder der Sprache des Empfängers übereinstimme, andernfalls die AGB nicht Vertragsgegenstand würden. Im vorliegenden Fall sei die Verhandlungs- und Vertragssprache englisch gewesen. Wenn auch die Beklagte in englischer Sprache auf die rückseitig abgedruckten Geschäftsbedingungen verwiesen habe, so seien diese doch in deutscher Sprache verfasst gewesen, also nicht in der Vertrags- und Verhandlungssprache. Der Oberste Gerichtshof habe zwar in der Entscheidung 7 Ob 176/98b unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH ausgesprochen, dass es für eine wirksame Einbeziehung der für den Vertragspartner fremdsprachigen AGB trotz dessen Sprachunkenntnis genüge, wenn in der Verhandlungs- und Vertragssprache auf die AGB hingewiesen worden sei und der Vertragspartner eine uneingeschränkte Annahmeerklärung abgegeben habe. Dort seien allerdings die AGB in der Vertragssprache abgefasst gewesen. Mangels eines gleichgelagerten Sachverhaltes könne daher die zitierte Entscheidung auf den gegenständlichen Fall nicht angewendet werden. Demnach könne sich die Beklagte nicht wirksam auf ihre AGB berufen. Es könne daher auch dahingestellt bleiben, wie viele Bestellungen die Beklagte in gleicher Art und Weise (also unter englischsprachigen Hinweis auf die in deutscher Sprache verfassten AGB) vor dem gegenständlichen Geschäftsfall bei der Klägerin tätigte. Entsprechende, von der Beklagten gewünschte ergänzende Feststellungen seien daher nicht geeignet, eine für die Beklagte günstigere Entscheidung herbeizuführen.

Nach den erstinstanzlichen Feststellungen habe die Klägerin Tantalpulver zu liefern gehabt, das den Musterlosen #0001T2-1 und Z***** Nr 2000-3 entsprochen habe. Bezogen auf den Sauerstoffgehalt bedeute dies, dass das Pulver Maximalwerte bis zu 1299 µg/g aufweisen habe dürfen. Die erste Teillieferung von 1500 kg habe diesen Grenzwert bei weitem überschritten. Auch die Ersatzlieferung von 1150 kg habe einen über dem vereinbarten Maximalwert liegenden Sauerstoffgehalt aufgewiesen. Von der zweiten Teillieferung vom Juli 2001 hätten nur rund 24 % die vertraglich vereinbarte Qualität aufgewiesen, während die restlichen 76 % des gelieferten Tantalpulvers nicht vertragsgemäß gewesen seien, da dieser Teil neuerlich einen höheren Sauerstoffgehalt aufgewiesen habe, als er den Mustern entsprechend aufweisen hätte dürfen. Über Beanstandung der Teillieferung von April 2001 durch die Beklagte habe die Klägerin diesen Teil zurückgenommen und hiefür Ersatz geliefert, wobei die Ersatzlieferung wiederum einen über

den Grenzwert liegenden Sauerstoffgehalt aufgewiesen habe. Dennoch habe die Beklagte die Ersatzlieferung wie auch die weiteren nicht vertragsgemäßen Lieferungen angenommen und zur Gänze bezahlt, ohne eine iSd Art 39 Abs 1 UN-K ausreichend spezifizierte Mängelrüge zu erheben, da dem betreffenden Schreiben nicht zu entnehmen sei, welchen Qualitätsmangel die Beklagte überhaupt geltend machen wolle. Die Übersendung der Analysenbestätigungen allein reiche nicht aus, da darin ja nicht nur der Sauerstoffgehalt des Tantalpulvers, sondern auch eine Reihe anderer chemischer Werte festgehalten sei. Die Beklagte sei daher ihrer in Art 39 Abs 1 UN-K statuierten Rügepflicht nicht ausreichend nachgekommen und habe das Recht verloren, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen. Mit dem in der Berufung explizit erhobenen Einwand einer nicht ausreichend spezifizierten Mängelrüge verstoße die Klägerin entgegen der Ansicht der Beklagten nicht gegen das Neuerungsverbot, da die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht habe, trotz angeblich vorhandener Mängel nie aufgefordert worden zu sein, die gelieferte Ware auszutauschen; die Beklagte habe der Klägerin niemals die Möglichkeit zur Mängelbehebung gegeben. Mit diesem Vorbringen habe die Klägerin deutlich gemacht, dass keine bzw keine ausreichende Mängelrüge erhoben worden sei.Nach den erstinstanzlichen Feststellungen habe die Klägerin Tantalpulver zu liefern gehabt, das den Musterlosen #0001T2-1 und Z***** Nr 2000-3 entsprochen habe. Bezogen auf den Sauerstoffgehalt bedeute dies, dass das Pulver Maximalwerte bis zu 1299 µg/g aufweisen habe dürfen. Die erste Teillieferung von 1500 kg habe diesen Grenzwert bei weitem überschritten. Auch die Ersatzlieferung von 1150 kg habe einen über dem vereinbarten Maximalwert liegenden Sauerstoffgehalt aufgewiesen. Von der zweiten Teillieferung vom Juli 2001 hätten nur rund 24 % die vertraglich vereinbarte Qualität aufgewiesen, während die restlichen 76 % des gelieferten Tantalpulvers nicht vertragsgemäß gewesen seien, da dieser Teil neuerlich einen höheren Sauerstoffgehalt aufgewiesen habe, als er den Mustern entsprechend aufweisen hätte dürfen. Über Beanstandung der Teillieferung von April 2001 durch die Beklagte habe die Klägerin diesen Teil zurückgenommen und hiefür Ersatz geliefert, wobei die Ersatzlieferung wiederum einen über den Grenzwert liegenden Sauerstoffgehalt aufgewiesen habe. Dennoch habe die Beklagte die Ersatzlieferung wie auch die weiteren nicht vertragsgemäßen Lieferungen angenommen und zur Gänze bezahlt, ohne eine iSd Artikel 39, Absatz eins, UN-K ausreichend spezifizierte Mängelrüge zu erheben, da dem betreffenden Schreiben nicht zu entnehmen sei, welchen Qualitätsmangel die Beklagte überhaupt geltend machen wolle. Die Übersendung der Analysenbestätigungen allein reiche nicht aus, da darin ja nicht nur der Sauerstoffgehalt des Tantalpulvers, sondern auch eine Reihe anderer chemischer Werte festgehalten sei. Die Beklagte sei daher ihrer in Artikel 39, Absatz eins, UN-K statuierten Rügepflicht nicht ausreichend nachgekommen und habe das Recht verloren, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen. Mit dem in der Berufung explizit erhobenen Einwand einer nicht ausreichend spezifizierten Mängelrüge verstoße die Klägerin entgegen der Ansicht der Beklagten nicht gegen das Neuerungsverbot, da die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht habe, trotz angeblich vorhandener Mängel nie aufgefordert worden zu sein, die gelieferte Ware auszutauschen; die Beklagte habe der Klägerin niemals die Möglichkeit zur Mängelbehebung gegeben. Mit diesem Vorbringen habe die Klägerin deutlich gemacht, dass keine bzw keine ausreichende Mängelrüge erhoben worden sei.

Die Berechtigung der Beklagten, vom (weiteren) Vertrag zurückzutreten sei nach Art 73 UN-K, der den Sukzessivlieferungsvertrag betreffe, zu prüfen. Danach könne, wenn die Nichterfüllung einer eine Teillieferung betreffenden Pflicht durch eine der Parteien des Sukzessivlieferungsvertrages der anderen Partei triftigen Grund zur Annahme gebe, dass eine wesentliche Vertragsverletzung in Bezug auf künftige Teillieferungen zu erwarten sei, die andere Partei innerhalb angemessener Frist die Aufhebung des Vertrages für die Zukunft erklären. Im vorliegenden Fall habe die Beklagte auch mangelhafte, weil einen zu hohen Sauerstoffgehalt aufweisende Ware angenommen und zur Gänze bezahlt. Sie habe damit der Klägerin gegenüber zu erkennen gegeben, dass die Qualität der gelieferten Ware akzeptabel sei und die objektiv vorgelegene (teilweise) Überschreitung des maximal zulässigen Sauerstoffgehaltes keine wesentliche Vertragsverletzung iSd Art 25 UN-K darstelle. Wenn daher die Beklagte die bereits bisher erbrachten Leistungen der Klägerin nicht als wesentliche Vertragsverletzung qualifiziert habe, so habe für sie kein triftiger Grund für die Annahme weiterer, in der Zukunft liegender wesentlicher Vertragsverletzungen durch die Klägerin bestanden. Es seien daher die Voraussetzungen des Art 73 Abs 2 UN-K für eine Vertragsaufhebung nicht vorgelegen, weshalb der von der Beklagten erklärte Vertragsrücktritt zu Unrecht erfolgt sei. Die Klägerin sei daher berechtigt, auf Zuhaltung des Vertrages zu beharren und das Entgelt für die bereits erbrachte dritte Teillieferung vom 30. 10. 2001 im Betrag von US$ 1,574.100,-- zu verlangen. Ebenfalls sei die Klägerin berechtigt, von der Beklagten die Bezahlung von weiteren US$ 4,704.355,30 Zug um Zug gegen Auslieferung der noch ausständigen 4.482,90 kg Tantalpulver zu fordern. Das noch zu liefernde Tantalpulver habe, wie zwischen den Streitteilen vereinbart, einen maximalen Sauerstoffgehalt von 1299 µg/g aufzuweisen. Diese Klarstellung sei daher in den Urteilsspruch

aufzunehmen gewesen. Dass die Zahlung in US$ bedungen gewesen sei, sei nicht bestritten.Die Berechtigung der Beklagten, vom (weiteren) Vertrag zurückzutreten sei nach Artikel 73, UN-K, der den Sukzessivlieferungsvertrag betreffe, zu prüfen. Danach könne, wenn die Nichterfüllung einer eine Teillieferung betreffenden Pflicht durch eine der Parteien des Sukzessivlieferungsvertrages der anderen Partei triftigen Grund zur Annahme gebe, dass eine wesentliche Vertragsverletzung in Bezug auf künftige Teillieferungen zu erwarten sei, die andere Partei innerhalb angemessener Frist die Aufhebung des Vertrages für die Zukunft erklären. Im vorliegenden Fall habe die Beklagte auch mangelhafte, weil einen zu hohen Sauerstoffgehalt aufweisende Ware angenommen und zur Gänze bezahlt. Sie habe damit der Klägerin gegenüber zu erkennen gegeben, dass die Qualität der gelieferten Ware akzeptabel sei und die objektiv vorgelegene (teilweise) Überschreitung des maximal zulässigen Sauerstoffgehaltes keine wesentliche Vertragsverletzung iSd Artikel 25, UN-K darstelle. Wenn daher die Beklagte die bereits bisher erbrachten Leistungen der Klägerin nicht als wesentliche Vertragsverletzung qualifiziert habe, so habe für sie kein triftiger Grund für die Annahme weiterer, in der Zukunft liegender wesentlicher Vertragsverletzungen durch die Klägerin bestanden. Es seien daher die Voraussetzungen des Artikel 73, Absatz 2, UN-K für eine Vertragsaufhebung nicht vorgelegen, weshalb der von der Beklagten erklärte Vertragsrücktritt zu Unrecht erfolgt sei. Die Klägerin sei daher berechtigt, auf Zuhaltung des Vertrages zu beharren und das Entgelt für die bereits erbrachte dritte Teillieferung vom 30. 10. 2001 im Betrag von US$ 1,574.100,-- zu verlangen. Ebenfalls sei die Klägerin berechtigt, von der Beklagten die Bezahlung von weiteren US$ 4,704.355,30 Zug um Zug gegen Auslieferung der noch ausständigen 4.482,90 kg Tantalpulver zu fordern. Das noch zu liefernde Tantalpulver habe, wie zwischen den Streitteilen vereinbart, einen maximalen Sauerstoffgehalt von 1299 µg/g aufzuweisen. Diese Klarstellung sei daher in den Urteilsspruch aufzunehmen gewesen. Dass die Zahlung in US$ bedungen gewesen sei, sei nicht bestritten.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, da zu den aufgeworfenen Rechtsfragen, nämlich des anzuwendenden Rechtes, der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie zur Frage, inwieweit trotz Genehmigung der Ware eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegen könne, die eine Aufhebung des Vertrages nach Art 73 Abs 2 UN-K rechtfertige, eine oberstgerichtliche Rechtsprechung nicht vorliege.Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, da zu den aufgeworfenen Rechtsfragen, nämlich des anzuwendenden Rechtes, der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie zur Frage, inwieweit trotz Genehmigung der Ware eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegen könne, die eine Aufhebung des Vertrages nach Artikel 73, Absatz 2, UN-K rechtfertige, eine oberstgerichtliche Rechtsprechung nicht vorliege.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes richtet sich dieRevision der Beklagten, die Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend macht und beantragt, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass das Urteil des Erstgerichtes wiederhergestellt werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin begehrt in ihrer Revisionsbeantwortung, das Rechtsmittel ihrer Prozessgegnerin zurückzuweisen oder ihm keine Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig und im Sinne des Aufhebungsantrages berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Unstrittig haben die Streitteile Anfang Jänner 2001 einen Kaufvertrag über 9000 kg Tantalpulver geschlossen, das die Klägerin der Beklagten in mehreren Tranchen liefern sollte. Nachdem die Klägerin in drei Teillieferungen (inklusive einer Ersatzlieferung von 1150 kg Tantalpulver für ursprünglich geliefertes, unbrauchbares Material) insgesamt 3017,10 kg geliefert hatte, erklärte die Beklagte im Juli 2001 hinsichtlich der restlichen Menge vom Vertrag zurückzutreten, weil zu erwarten sei, dass (auch) die weiteren Lieferungen (so wie die schon erfolgten, die von der Beklagten aber dennoch angenommen und bezahlt worden waren) nicht die vereinbarte Qualität aufweisen würden. Es steht bereits fest, dass ein Großteil der von der Klägerin gelieferten Ware tatsächlich der vereinbarten Spezifikation nicht entsprach. Die prozessentscheidende Rechtsfrage lautet, ob der deshalb hinsichtlich der noch ausständigen Lieferung erklärte Vertragsrücktritt der Beklagten rechtswirksam war.

Für die Beurteilung dieser Frage wesentliche, im Revisionsverfahren neben den Fragen, ob die Beklagte entsprechende Mängelrügen erhoben hat bzw ob von der Klägerin eine allfällige Unterlassung der Mängelrüge durch die Beklagte in erster Instanz (und damit rechtzeitig) eingewendet wurde, relevierte Streitpunkte sind, ob die Einkaufsbedingungen der Beklagten Vertragsinhalt wurden und welches Recht auf den vorliegenden Fall anzuwenden wäre, wenn dies nicht

zutreffen sollte. Die von der Revisionswerberin erhobenen Mängel- und Rechtsrügen betreffen vor allem diese Themenkreise. Es erscheint zweckmäßig, zunächst auf das Problem der Einbeziehung der Einkaufsbedingungen in das gegenständliche Vertragsverhältnis und die sich daraus ergebenden Fragen und Konsequenzen einzugehen. Sodann wird auch noch die Rechtslage für den Fall zu erörtern sein, dass die Einkaufsbedingungen der Beklagten nicht in das gegenständliche Vertragsverhältnis einbezogen worden sein sollten.

Zur Rechtslage bei Geltung der Einkaufsbedingungen:

Zur sich vorweg stellenden Frage, nach welchem Recht das Problem der Einbeziehung der AGB ("Einkaufsbedingungen") der Beklagten zu beurteilen ist, wird von der Revisionswerberin zutreffend auf Art 8 des in Österreich seit 1. 12. 1998 in Geltung stehenden Übereinkommens vom 19. 6. 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ) verwiesen, dessen Anwendungsbereich sich gemäß Art 1 Abs 1 auf die kollisionsrechtliche Anknüpfung vertraglicher Schuldverhältnisse erstreckt, soweit der Sachverhalt eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist. Gemäß Art 2 kommen die Regeln des EVÜ als loi uniform auch dann zur Anwendung, wenn die Verweisung in das Recht eines Nichtvertragsstaates führt (zur Ausrichtung und System des EVÜ s. etwa Ofner, Neuregelung des Internationalen Vertragsrechtes, Römisches Schuldvertragsübereinkommen, RdW 1999, 2).Zur sich vorweg stellenden Frage, nach welchem Recht das Problem der Einbeziehung der AGB ("Einkaufsbedingungen") der Beklagten zu beurteilen ist, wird von der Revisionswerberin zutreffend auf Artikel 8, des in Österreich seit 1. 12. 1998 in Geltung stehenden Übereinkommens vom 19. 6. 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ) verwiesen, dessen Anwendungsbereich sich gemäß Artikel eins, Absatz eins, auf die kollisionsrechtliche Anknüpfung vertraglicher Schuldverhältnisse erstreckt, soweit der Sachverhalt eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist. Gemäß Artikel 2, kommen die Regeln des EVÜ als loi uniform auch dann zur Anwendung, wenn die Verweisung in das Recht eines Nichtvertragsstaates führt (zur Ausrichtung und System des EVÜ s. etwa Ofner, Neuregelung des Internationalen Vertragsrechtes, Römisches Schuldvertragsübereinkommen, RdW 1999, 2).

Da die Einkaufsbedingungen der Beklagten die Geltung österreichischen Rechts vorsehen, ist die Ansicht der Revisionswerberin zutreffend, dass die Frage ihrer Einbeziehung in das gegenständliche Vertragsverhältnis nach den Bestimmungen des UN-K zu beurteilen sei, das als Teil der österreichischen Rechtsordnung von der Rechtswahl mitumfasst wäre (vgl 1 Ob 77/01g). Ist das UN-K anwendbar, so müssen die Parteien, die seine Anwendung nicht wollen, eine entsprechende ausdrückliche oder stillschweigende Auschlussvereinbarung treffen (Posch in Schwimann2 Art 6 UN-K Rz 3). Ein solcher Ausschluss wurde hier von keiner der Parteien behauptet. Nach hM kann das UN-K nur unter ausdrücklicher Nennung desselben abbedungen werden und stellt die Wahl nationalen (hier österreichischen) Rechtes eines UN-K-Mitgliedstaates daher selbst dann kein Abbedingen des UN-Kaufrechtes dar, wenn das UN-K in den Sitzstaaten beider Vertragspartner in Geltung steht (1 Ob 77/01g mwN; Lurger, Die neuere Rechtsprechungsentwicklung zum UN-Kaufrechtsübereinkommen, JBl 2002, 750; Posch, ZfRV 1999, 65, Glosse zu 2 Ob 328/97t; aM Wilhelm, ecolex 1998, 693).Da die Einkaufsbedingungen der Beklagten die Geltung österreichischen Rechts vorsehen, ist die Ansicht der Revisionswerberin zutreffend, dass die Frage ihrer Einbeziehung in das gegenständliche Vertragsverhältnis nach den Bestimmungen des UN-K zu beurteilen sei, das als Teil der österreichischen Rechtsordnung von der Rechtswahl mitumfasst wäre vergleiche 1 Ob 77/01g). Ist das UN-K anwendbar, so müssen die Parteien, die seine Anwendung nicht wollen, eine entsprechende ausdrückliche oder stillschweigende Auschlussvereinbarung treffen (Posch in Schwimann2 Artikel 6, UN-K Rz 3). Ein solcher Ausschluss wurde hier von keiner der Parteien behauptet. Nach hM kann das UN-K nur unter ausdrücklicher Nennung desselben abbedungen werden und stellt die Wahl nationalen (hier österreichischen) Rechtes eines UN-K-Mitgliedstaates daher selbst dann kein Abbedingen des UN-Kaufrechtes dar, wenn das UN-K in den Sitzstaaten beider Vertragspartner in Geltung steht (1 Ob 77/01g mwN; Lurger, Die neuere Rechtsprechungsentwicklung zum UN-Kaufrechtsübereinkommen, JBl 2002, 750; Posch, ZfRV 1999, 65, Glosse zu 2 Ob 328/97t; aM Wilhelm, ecolex 1998, 693).

Zutreffend also ausgehend von den Bestimmungen des UN-K, vertritt die Revisionswerberin die Auffassung, dadurch, dass ihre sämtlichen Bestellungen auf der Vorderseite den englischsprachigen Hinweis auf die rückseitig in deutsch abgedruckten Einkaufsbedingungen enthalten hätten und die Klägerin dieses immer gleiche Vorgehen zumindest schlüssig akzeptiert habe, sei eine Gepflogenheit iSd § Art 9 Abs 1 UN-K begründet worden, dass sämtliche Bestellungen unter Zugrundelegung ihrer Einkaufsbedingungen getätigt würden. Der Umstand, dass die

Einkaufsbedingungen nicht in der Vertragssprache englisch, sondern in deutsch abgefasst seien, hindere ihre Wirksamkeit im Hinblick darauf, dass in der Vertragssprache auf die Bedingungen hingewiesen worden sei, nicht.Zutreffend also ausgehend von den Bestimmungen des UN-K, vertritt die Revisionswerberin die Auffassung, dadurch, dass ihre sämtlichen Bestellungen auf der Vorderseite den englischsprachigen Hinweis auf die rückseitig in deutsch abgedruckten Einkaufsbedingungen enthalten hätten und die Klägerin dieses immer gleiche Vorgehen zumindest schlüssig akzeptiert habe, sei eine Gepflogenheit iSd Paragraph Artikel 9, Absatz eins, UN-K begründet worden, dass sämtliche Bestellungen unter Zugrundelegung ihrer Einkaufsbedingungen getätigt würden. Der Umstand, dass die Einkaufsbedingungen nicht in der Vertragssprache englisch, sondern in deutsch abgefasst seien, hindere ihre Wirksamkeit im Hinblick darauf, dass in der Vertragssprache auf die Bedingungen hingewiesen worden sei, nicht.

Der erkennende Senat hat dazu erwogen:

Für die Einbeziehung standardisierter Geschäftsbedingungen wie die gegenständlichen Einkaufsbedingungen der Beklagten stellt das UN-K keine besonderen Voraussetzungen auf (10 Ob 518/95; Schlechtriem in Schlechtriem Art 14 Rn 16). Die erforderlichen Regeln sind daher, soweit es sich um Kaufrechtsmaterien handelt, aus Art 8 UN-K (Schlechtriem aaO mwN) bzw nach den Art 14 ff UN-K, die das äußere Zustandekommen des Vertrages abschließend regeln, zu entwickeln (10 Ob 518/95, ZfRV 1996, 248 unter Hinweis auf Pitz, Internationales Kaufrecht, Rz 75 zu § 5). Demnach müssen die AGB, um in einen Vertrag einbezogen werden zu können, nach dem dem Adressaten erkennbaren Willen der erklärenden Partei (Art 8 Abs 1 und 2 UN-K) Bestandteil des Angebotes geworden sein. Dies kann durch einen entsprechenden Hinweis und auch stillschweigend geschehen (vgl 7 Ob 2407/96p mwN) oder sich auf Grund der Verhandlungen zwischen den Parteien oder aus einer zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheit iSd Art 9 Abs 1 UN-K ergeben (10 Ob 518/95).Für die Einbeziehung standardisierter Geschäftsbedingungen wie die gegenständlichen Einkaufsbedingungen der Beklagten stellt das UN-K keine besonderen Voraussetzungen auf (10 Ob 518/95; Schlechtriem in Schlechtriem Artikel 14, Rn 16). Die erforderlichen Regeln sind daher, soweit es sich um Kaufrechtsmaterien handelt, aus Artikel 8, UN-K (Schlechtriem aaO mwN) bzw nach den Artikel 14, ff UN-K, die das äußere Zustandekommen des Vertrages abschließend regeln, zu entwickeln (

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at