

# TE OGH 1985/12/5 60b511/84

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 05.12.1985

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Samsegger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Resch, Dr. Schobel, Dr. Riedler und Dr. Schlosser als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei C\*\*\* C\*\*\* A\*\*\* P\*\*\* DI A. L\*\*\*, Via Penne 68, I-66013 Chieti, Italien, vertreten durch Dr. Hans-Georg Mondel, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei H\*\*\*-S\*\*\* Gesellschaft m.b.H., Taufkirchen an der Pram, vertreten durch Dr. Johannes Neumann, Rechtsanwalt in Schärding, wegen S 307.263,24 s.A. (Revisionsstreitwert S 292.864,47 s.A.), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 29. September 1983, GZ. 5 R 140/83-44, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Kreisgerichtes Ried im Innkreis vom 25. März 1983, GZ. 1 Cg 332/81-40, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung der

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben. Das angefochtene Urteil in seinem dem restlichen Klagebegehren mit S 292.864,47 samt Nebengebühren stattgebenden Teil und Punkt 2) des Urteiles des Erstgerichtes werden einschließlich der Kostenentscheidungen aufgehoben. Im Umfange der Aufhebung wird die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Die Klägerin begehrte von der Beklagten mit ihrer am 6.Juli 1981 eingebrachten Klage den Restbetrag von S 307.263,24 s.A. für die laut Rechnung vom 9.Juni 1980 gelieferten 52.132,75 qfs "Lammfelldecksohlen". Sie behauptete im wesentlichen, die Beklagte habe auf den Rechnungsbetrag von S 510.900,95 Teilzahlungen von S 109.621,04 und S 94.016,67 geleistet, Maßdifferenzen und Qualitätsmängel aus früheren Lieferungen reklamiert, aber ein von der Klägerin im November 1980 unterbreitetes, bis 20. November 1980 gültiges, Anbot zur Bereinigung der zwischen den Streitteilen aufgetretenen Differenzen nicht angenommen.

Die Beklagte beantragte Abweisung des Klagebegehrens und behauptete, bei der von der Klägerin gelieferten Ware hätten sich Maßdifferenzen zu Ungunsten der Beklagten ergeben. Schon bei der Überprüfung des Ausmaßes der Felle sei klar gewesen, daß ein Teil als unbrauchbar an die Klägerin zurückzustellen sein werde. Tatsächlich seien von den 52.132,75 qfs gelieferten Fellen nur 13.894,75 qfs von der Beklagten behalten, die übrigen aber zurückgesendet worden. Die Klägerin habe die Annahme dieser Retourware verweigert. Schließlich habe die Beklagte mit der Klägerin

vereinbart, daß diese Retourware wieder in den Betrieb der Beklagten zurückgebracht und in Gegenwart des Vertreters der Klägerin, August K\*\*\*, neuerlich überprüft werden solle. Bei dieser Anfang Dezember 1980 durchgeföhrten Überprüfung habe sich August K\*\*\* mit der Zurückstellung von 26.715 qfs als unbrauchbar einverstanden erklärt. Der Gewährleistungsanspruch der Beklagten hinsichtlich des Ausmaßes und der Qualität sei von der Klägerin "ausdrücklich anerkannt" worden. Die Klägerin habe jedoch in der Folge die Retoursendung des unbrauchbaren Teiles der Ware wieder nicht angenommen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren hinsichtlich des Betrages von S 14.398,77 samt stufenweisen Zinsen statt und wies das Mehrbegehren von S 292.864,47 samt stufenweisen Zinsen ab. Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Die Klägerin betreibt in Chieti, Italien, eine Gerberei. Die Beklagte stellt Schuhe, insbesondere Damenstiefel, her. Die zwischen den Streitteilen zu Beginn der Siebzigerjahre aufgenommenen Geschäftsbeziehungen endeten 1976. Anfang 1980 bestellte die Beklagte bei der Klägerin Schaffelle für Schuhfutter. Zur Übernahme und Auswahl der Felle sandte die Beklagte ihren seit 17 Jahren bei ihr als Übernehmer beschäftigten Michael B\*\*\* nach Chieti. Michael B\*\*\* hat Gerberei gelernt, jedoch nicht die entsprechenden Abschlußprüfungen abgelegt. Er ist ein erfahrener und strenger Übernehmer von Leder und Fellen für die Schuhherzeugung und etwa 20 Jahre in dieser Branche tätig. Da Michael B\*\*\* keine brauchbare Ware fand, zerschlug sich dieses Geschäft. Es gehört zu den Grundsätzen dieses Geschäftszweiges, bei dem es um den Handel mit Naturerzeugnissen geht, daß ein Geschäft erst dann abgeschlossen ist, wenn die angebotene Ware vom Käufer gutgeheißen wird. Im April 1980 suchte die Beklagte für ihre Stiefelproduktion Lammfelldecksohlen am Markt und setzte sich deshalb mit August K\*\*\* in Verbindung. Dieser ist selbständiger Handelsvertreter und war damals seit etwa 10 Jahren Repräsentant der Klägerin in Österreich. August K\*\*\* nahm Kontakt mit der Klägerin auf, um zu erheben, ob und inwieweit diese die gewünschte Lieferung zur Verfügung stellen könne. Daraufhin erstellte die Klägerin mit Telex vom 14. April 1980 nachstehendes Offert:

"Wir offerieren Schaffelle für Decksohlen laut Telefongespräch mit Herrn K\*\*\* zum Preis von SA 10,-/QF. Lieferung innert April 1980. Ware liegt ab 21. April 1980 zur Übernahme für Ihren Herrn B\*\*\* bereit. Bezahlung gegen Dokumente, 4% Skonto." (Beilage B). Dieses Fernschreiben beantwortete die Beklagte noch am gleichen Tage mit folgendem Telex:

"Bestellung 50.000 qfs Lammfelldecksohlen, wie seinerzeit bezogen, keine rippige Ware. Zahlung mit FS-Überweisung abzüglich 5% Skonto wie im Kontrakt vereinbart, Lieferung franko Vicenza, Preis S 9,80. Da wir nächste Woche aus zeitlichen Gründen die Übernahme nicht vornehmen können, wird unser Herr B\*\*\* bereits morgen früh zur Übernahme eintreffen und bitten noch heute um kurze Bestätigung."

Diesem Telex folgte noch am 14. April 1980 folgendes Fernschreiben der Klägerin:

"Schaffelle für Decksohlen. Sind mit Eintreffen ihres Herrn B\*\*\* morgen, 15. April 1980 einverstanden. Die Lieferung der übernommenen Ware erfolgt mit Zahlung gegen Dokumente mit Skonto von 4%". (Beilage C).

Michael B\*\*\* suchte am 15. April 1980 in Chieti aus den ihm vorgelegten Fellen 36.442,25 qfs Lammfelldecksohlen aus, die am 17. April 1980 nach Österreich abgeschickt wurden und vier bis sechs Tage später im Betrieb der Beklagten einlangten.

Am 17. April 1980 kam es zwischen den Streitteilen zum Austausch

folgender Fernschreiben:

Telex der Beklagten:

"Infolge des geföhrten Telefonats von vorhin bestätigen wir die Zahlung gegen Dokumente, müssen jedoch auf 5% Skonto bestehen und erwarten entsprechende Mengenmitteilung mit angeführtem Skonto."

Telex der Klägerin:

"Wir danken für Ihre rasche Antwort, müssen jedoch bei der angeführten Ware, die wir zum Unterpreis verkaufen, auf jedem Groschen beharren, denn die Preise sind für uns Verluste. Jeder weitere Skonto ist diesmal in dieser billigsten Ware nicht enthalten. Wir weisen Sie auf die aktuelle Dollarlage, die Preiserhöhungen anzeigt, hin."

Telex der Beklagten:

"Auch wir haben unseren guten Willen an der Zusammenarbeit gezeigt und trotz der Nichterfüllung des getätigten

Lammfellaufrages wiederum Decksohlen disponiert und erklären uns ausnahmsweise, wie bereits am Telefon erwähnt, bereit, die Ware sogar gegen Bankgarantie hereinzunehmen, glauben aber doch, daß 5% Skonto in diesem Fall wirklich korrekt sind".

Die Klägerin bestand aber weiterhin auf einem Skonto von 4%, wobei sie auf die damals bestehenden hohen Zinsen von 22% hinwies. In der Rechnung vom 17. April 1980 war dann ein Skonto von 4% festgehalten. Diese Rechnung über 36.442 qfs Lammfelldecksohlen lautete auf S 342.848,69 und wurde von der Beklagten anstandslos bezahlt.

Die Beklagte setzte sich Anfang Mai 1980 neuerlich wegen ihres Decksohlenbedarfes mit August K\*\*\* in Verbindung, der sich wieder an die Klägerin wandte. Auf Grund seines Anrufes sandte die Klägerin am 12. Mai 1980 nachstehendes Telex an die Beklagte:

"Wir danken für Ihre Bestellung durch Herrn K\*\*\* und bestätigen wie folgt:

50.000 qfs Decksohlen aus Schaffell natur-weiß zum Preis wie gehabt. Lieferung innert Mai (möglichst mit Übernahmetermin in der Woche vom 21. Mai 1980). Menge von ca. 15.000 qfs dieses neuen Vertrages und 15.000 qfs ca. Rest des alten Vertrages. Rest der neuen Lieferung innert Juli 1980. Zahlung Telex-Überweisung innerhalb von 10 Tagen vom Rechnungsdatum, 4% Kassaskonto. Wir erwarten den Termin Ihres Herrn B\*\*\*S und übersenden per separater Post noch die Auftragsbestätigung." (Beilage H). Gleichzeitig mit diesem Telex ging auch ein Brief der Klägerin samt Auftragsbestätigung (Commissione) ab, der sich im wesentlichen mit dem Inhalt des oben wiedergegebenen Telex deckte. Es wurde ersucht, die weiße Kopie der Auftragsbestätigung zu akzeptieren und zurückzusenden. Auf dieser Auftragsbestätigung waren die generellen Konditionen für den Kauf in italienischer Sprache abgedruckt. Zur Abwicklung des ersten Geschäftes der Streitteile Anfang 1980, welches letztlich nicht zustande kam, war von den Streitteilen gleichfalls eine derartige Auftragsbestätigung (Commissione) verwendet und von der Beklagten unterfertigt worden. Die Auftragsbestätigung hinsichtlich der zweiten Lammfelldecksohlenbestellung wurde von der Beklagten nicht unterschrieben, sondern es ging, noch bevor diese Auftragsbestätigung bei der Beklagten eingelangt war, eine eigene Bestellung mit der Nummer 705/80 vom 14. Mai 1980 über 50.000 qfs Lammfelldecksohlen, "wie seinerzeit bezogen, keine rippige Ware, zum Preis von S 9,80" an die Klägerin. In dieser Bestellung wurde auch festgehalten, daß die Bezahlung der Rechnung innerhalb von 10 Tagen mit FS-Überweisung abzüglich 5% Skonto erfolgen solle. Auf diesem Bestellformular befindet sich folgender kleingedruckter Satz: "Auf Grund der umseitigen Kaufbedingungen bestellen wir zur Lieferung wie folgt." Noch am gleichen Tage wurde das Kommen Michael B\*\*\*S für den 21. Mai 1980 zur Warenübernahme vorangekündigt. Michael B\*\*\* prüfte am 21. Mai 1980 rund 90.000 Felle. Nach seinen Übernahmerichtlinien sollten die Felle zu 70 bis 80% zur Gewinnung von Decksohlen geeignet sein. Im Betrieb der Beklagten werden die Schuhe und damit auch die Lammfelldecksohlen im Akkord hergestellt, wobei die Kalkulation der Akkordarbeit grundsätzlich von einer solchen Qualität der Decksohlen ausgeht. Diese Felle müssen des weiteren so beschaffen sein, daß man darauf beschwerdelos gehen kann. Insbesondere dürfen keine rippigen, harten oder glatzigen Decksohlen hergestellt werden. Für Lammfelldecksohlen wird Ware letzter Qualität verwendet, wobei es insgesamt folgende sieben

Gütekategorien gibt:

Extraklasse: keine Fehler

Exportklasse: kleine, wenig ins Gewicht fallende Mängel

1. Klasse: zwei Fehler

2. Klasse: drei Fehler, davon ein wesentlicher Fehler

3. Klasse: vier Fehler, davon ein wesentlicher Fehler

4. Klasse: fünf Fehler, und zwar außer Formatfehler,

zwei schwere Fehler

5. Klasse: bis zu drei wesentliche Fehler, wobei auch

kleinere Stücke davon umfaßt sind und das

Minimum hier 5 qfs betreffen darf.

Michael B\*\*\* prüfte bei der Übernahme die Felle sowohl mit dem Auge als auch durch Angreifen der Ware.

Üblicherweise und auch im vorliegenden Falle wurde ihm die Ware auf einen Tisch gelegt, wo er sie prüfte. Die von ihm als brauchbar empfundene Ware gab Michael B\*\*\* an einen Angestellten der Klägerin weiter, der diese Felle mit dem Paginierstempel Michael B\*\*\*S markierte. Es erfolgte dabei eine durchgehende Numerierung, beginnend mit der Zahl 1. In der Folge wurden die ausgesuchten Felle im Gerbereibetrieb der Klägerin mit einem elektronischen Meßgerät vermessen (nach Quadratfuß) und das Meßergebnis mit einem Stempelabdruck auf der Rückseite des Felles festgehalten. Gleichfalls auf der Rückseite des Felles war jeweils auch der Markierstempel Michael B\*\*\*S (EB 1 ....-) angebracht, wobei die Schriftzeichen eine Größe von ca. 1,5 cm aufwiesen. Michael B\*\*\* war den ganzen Tag mit der Übernahme der Felle beschäftigt und machte nur eine zweistündige Mittagspause, während welcher der Paginierstempel im Betrieb der Klägerin für jedermann zugänglich war. Michael B\*\*\* übernahm damals ca. 42.000 qfs "Lammfeldecksohlen". Da er keine weiteren seinen Qualitätsvorstellungen entsprechenden, zur Lammfeldecksohlenerzeugung geeigneten Felle vorfand, vereinbarte Michael B\*\*\*, daß ein Restposten von ca. 10.000 qfs von Giuseppina T\*\*\*, einer Angestellten der Klägerin, herausgesucht und mit den von Michael B\*\*\* bereits ausgesuchten und markierten Fellen nach Österreich übersandt werden sollte. Michael B\*\*\* war am Tage der Übernahme körperlich nicht beeinträchtigt und auch nicht alkoholisiert. Bei der Abstempelung der Felle hatte Michael B\*\*\* Elisabeth G\*\*\*, die im Betrieb der Klägerin die Buchhaltung führt und die deutsche Korrespondenz erledigt, geholfen. Kurzfristig hatte auch Giuseppina T\*\*\* beim Abstempeln der Felle mitgeholfen. Nach der Übernahme meldete Michael B\*\*\* telefonisch der Beklagten das Ergebnis der Übernahme und meinte, daß die Qualität der von ihm übernommenen Ware jener der Aprillieferung entspräche. Die von Michael B\*\*\* übernommene Ware und die noch von der Klägerin dazu ausgesuchten Felle wurden getrennt verpackt und am 9.Juni 1980 an die Beklagte abgesandt, bei der die Lieferung am 16.Juni 1980 einlangte. Gemeinsam mit der Ladung ging auch die Rechnung der Klägerin über 51.132,75 qfs M\*\*\* MM.6/8 S\*\*\* zum Preis von S 510.900,95 ab. Auf dieser Rechnung wurde festgehalten, daß die Zahlung bis spätestens 19.Juni 1980 erfolgen solle, bei einem Skonto von S 20.436,03. Nach diesem Termin sollte eine Tratte auf 90 (!) Tage ausgestellt werden. Der Rechnung war eine Liste der verpackten Waren mit Angabe der Ballen-Nummern, des Gewichtes der Ballen, der Zahl der Felle und der einzelnen Quadratfuß pro Fell angeschlossen. Bei der Beklagten wird die hereinkommende Ware üblicherweise auf ihre Vollständigkeit geprüft. Diese Ware wird dann, wenn Felle oder Leder in die Produktion gehen, nach der Qualität vorsortiert. Die Decksohlen werden im Betrieb der Beklagten im Akkord geschnitten, wobei die Entlohnung hier von der für das Herausstanzen der Sohlen erforderlichen Zeit, also auch vom sogenannten Gutschnitt, abhängt. Nach Verarbeitung der ersten Lieferung von "Lammfeldecksohlen" stellte man im Betrieb der Beklagten fest, daß man bei der Herstellung der Decksohlen nicht nur keinen Gutschnitt erreicht hatte, sondern sogar unter dem Akkorddurchschnitt geblieben war. Dies führte zu folgendem Telex vom 19. Juni 1980: "Lammfeldecksohlen - Ihre Lieferung vom 17. April - Infolge schlechter Schnittergebnisse, welche uns nicht gerechtfertigt erschienen, habe wir die gelieferten Felle überprüft und mußten eine Maßdifferenz von 15% feststellen. Wir bedauern dies sehr und müssen Sie mit der Differenz belasten." Wegen der bei der ersten Lieferung aufgetretenen Maßdifferenzen wurde auch die zweite, mittlerweile eingelangte "Lammfeldecksohlen-Lieferung" auf solche Differenzen untersucht. Da sich abermals Anhaltspunkte für Maßabweichungen von den auf der Rückseite der Felle aufgestempelten Maßangaben herausstellten, setzte man sich telefonisch mit dem Repräsentanten der Klägerin in Österreich, August K\*\*\*, in Verbindung, wies ihn auf diese Probleme hin und übersandte ihm auch einige Ballen zur Kontrolle mit dem Ersuchen, bei diesen Ballen durch ein Gerbereiinstitut in Wien, das über die entsprechenden modernen Meßapparaturen verfüge, Kontrollmessungen durchführen zu lassen. Die Beklagte sandte am 25.Juni 1980 wegen dieser Maßdifferenzen folgendes Telex an die Klägerin:

"Betreff: Ihr Telex von soeben, Rechnung Nr 752 vom 9.Juni 1980 über SA 510.900,95.

Wie wir soeben von unserer Einkaufsabteilung erfahren, wurden Sie bereits fernschriftlich informiert und auch telefonisch in Kenntnis gesetzt, daß bei der letzten Lieferung eine noch ungeklärte Maßdifferenz vorliegt. Zur Kontrolle und umgehenden Prüfung wurden bereits einige Felle an Herrn K\*\*\* gesandt. Wir werden nach endgültiger Klärung und Regelung die Zahlung der Rechnung vornehmen." (Beilage O).

Die Klägerin antwortete hierauf mit Telex vom 26.Juni 1980 wie folgt:

"Da die Zahlung für die obige Rechnung bereits fällig war, wie dies aus Vertrag und Rechnung ersichtlich, sind wir gezwungen, den Kassa-Skonto zu widerrufen und eine Tratte auf 30 Tage auszustellen, die am 9.Juli 1980 durch unsere Bank präsentiert wird zur Zahlung."

Gleichzeitig ging dieses Telex an August K\*\*\*, ebenso der Text des Telex der Beklagten vom 25.Juni 1980. August K\*\*\* wurde dabei aufgefordert, sich um die Sache zu kümmern und Bescheid zu geben. Im Rahmen der Durchsicht der Ware wegen der vermuteten Maßdifferenzen und insbesondere im Rahmen der Vorbereitung der Felle stellte der Lagermeister Adolf B\*\*\* fest, daß die Qualität der Ware nicht den üblichen Werten entsprach und überdurchschnittlich rippig, glatzig und hart war. Michael B\*\*\* wurde daraufhin von Adolf B\*\*\* gefragt, warum er diese schlechte Ware übernommen hätte.

Michael B\*\*\* bestritt die Übernahme der Ware und sagte wörtlich:

"Wenn ich diese Ware übernommen habe, dann lasse ich mir den Kopf abschneiden." Er äußerte den Verdacht einer Manipulation. Diese neuerlich aufgetretenen Schwierigkeiten veranlaßten die Beklagte zu folgendem Telex vom 30.Juni 1980:

"Wie bereits in unserem Telex vom 19.Juni 1980 erwähnt, geht heute nach eingehender Kontrolle mit separater Post eine Belastung über S 49.998,76 ab. Weiters mußten wir bei Ihrer zweiten Sendung laut Rechnung vom 9.Juni 1980, Nr.725, eine Maßdifferenz von 8% feststellen, worüber ebenfalls heute eine Belastung über S 40.872,07 an Sie abgeht.

Unabhängig davon stellen wir bei Übernahme fest, daß eine Menge der gelieferten Decksohlenfelle aus Ihrer zweiten Lieferung bei weitem nicht entspricht und wir sie Ihnen zur Verfügung stellen. Wir bitte um FS-Nachricht, wie wir die Sendung retournieren sollen bzw. wäre es wünschenswert, daß sie zur sofortigen Erledigung der Reklamation noch diese Woche in unseren Betrieb kommen."

(Beilage Q). Gleichzeitig mit dem Fernschreiben gingen zwei Belastungsanzeigen an die Klägerin, in welchen von der Rechnung vom 17. April 1980 (erste Lieferung) wegen einer 14%-igen Maßdifferenz und hinsichtlich der zweiten Lieferung wegen einer 8%-igen Maßdifferenz ein entsprechender Abzug vorgenommen wurde. Die von Giuseppina T\*\*\* ausgewählten und von Michael B\*\*\* nicht übernommenen Waren entsprachen voll und ganz den Vorstellungen der Beklagten. Die von der Klägerin auf Grund des zweiten Auftrages gelieferte Ware, die den Paginierstempel Michael B\*\*\*s trug, enthielt rippige, glatzige und harte Felle, wobei sich diese Felle auch teilweise von der Lederhaut lösten. Wegen der Qualität und der Vielzahl der Fehler war es bei dem Großteil der Ware nicht möglich, 70 bis 80% für Decksohlen zu verwerten. Ein geübter Übernehmer wählt eine derart schlechte Decksohlenqualität nicht aus, insbesondere dann nicht, wenn er die Betriebsstruktur einer Schuherzeugung kennt und mit der Vorgabezeit und der Kalkulation im großen und ganzen vertraut ist. In der Folge stellte man auf Seiten der Beklagten fest, daß bei einigen Fellen, die in den von Giuseppina T\*\*\* ausgesuchten Ballen enthalten waren, Schleifspuren mit weitgehender Materialabtragung vorhanden waren, wobei hier bei einigen Stücken noch Reste von Stempelfarbe durchschimmerten. Dies bestärkte bei der Beklagten den Verdacht einer Manipulation durch die Klägerin. Da die Klägerin auf die bisherigen Manipulationen nicht eingegangen war, kam es zu einem weiteren Fernschreiben vom 2.Juli 1980, in welchem die Beklagte ihren bisherigen Standpunkt verdeutlichte. Im wesentlichen Teil dieses Schreibens heißt es: "Aus Ihrer Lieferung vom 9.Juni 1980, welche sowohl quantitativ als auch qualitativ für uns unakzeptabel ist, müssen wir die Warenübernahme von vornherein ablehnen und haben als Resterfüllung Ihres ersten Auftrages ca.

7.300 qfs behalten, was wir als Nachlieferung verstehen. Die restliche Ware wird mittels Spedition diese Woche an Ihre Adresse und auf Ihre Kosten retourniert. Aus Termingründen und in Anbetracht Ihrer laufenden unkorrekten Äußerungen und Korrespondenz zur berechtigten Mängelrüge ist es uns leider nicht möglich, Herrn L\*\*\* am Freitag, den 4.Juli 1980, im Hause zu empfangen, außerdem ist mit unserer aufgezeigten Erledigung die Angelegenheit für uns erledigt." Die in diesem Fernschreiben genannten Termingründe bezogen sich auf die bevorstehenden Betriebsferien im Unternehmen der Beklagten. Über Vermittlung August K\*\*\*S kam man dann aber letztlich doch noch überein, daß August K\*\*\* und Antonio L\*\*\*, der Inhaber der Klägerin, nach den Betriebsferien nach Österreich kommen sollten, um mit Vertretern der Beklagten die anstehenden Reklamationen zu erörtern. Bevor noch die Vertreter der Klägerin nach Österreich kamen, wurden jedoch die nicht übernommenen Lammfelle am 30. und 31.Juli 1980 an die Klägerin nach Italien zurückgesandt. Bis dahin hatte man im Betrieb der Beklagten 13.894,75 qfs verarbeitet, weshalb ein Rest von 38.238,75 qfs zurückgeschickt wurde. Am 4.August 1980 kam es im Betrieb der Beklagten zu einer Aussprache zwischen Josef L\*\*\* und Hubert D\*\*\* von Seiten der Beklagten und Antonio L\*\*\* und August K\*\*\* von Seiten der Klägerin. Im Mittelpunkt der Gespräche standen die von der Beklagten reklamierten Maßdifferenzen, wobei man an Hand der an August K\*\*\* übersandten Fellballen, aber auch an Hand eines Restpostens, der im Betrieb der Beklagten verblieben war, Messungen in einer in der Nähe der Beklagten befindlichen Gerberei durchführte. August K\*\*\* hatte

nämlich zunächst die Reklamation der Maßdifferenzen und deren Kontrolle nicht energisch genug betrieben und konnte in der weiteren Folge die Kontrolle durch das Gerbereiinstitut Wien wegen der Sommerferien nicht mehr vornehmen. Bei dieser Überprüfung stellten sich tatsächlich Maßdifferenzen heraus, die darauf zurückzuführen waren, daß die Klägerin bei ihren Maßangaben von dem sogenannten "Santa-Croce-Maß", das um 3% weniger als das europäische Maß mißt, ausgegangen war. Neben dem europäischen Maß und dem Santa-Croce-Maß gibt es im übrigen auch noch ein neapolitanisches Maß. Die üblichen Maßschwankungen beim Naturprodukt Lammfell bewegen sich zwischen 1 bis 3%. Wegen dieser Differenzen kam man grundsätzlich überein, daß man von seiten der Klägerin der Beklagten entgegenkommen werde, wobei Antonio L\*\*\* vorschlug, das bereits erledigte Skonto von 4% wieder aufleben zu lassen, während man andererseits auf seiten der Beklagten einen vierprozentigen Abzug von der Rechnung wegen der Maßdifferenz und ein Skonto verlangte. Die Verhandlungen gestalteten sich schwierig, weil Antonio L\*\*\* der deutschen Sprache nicht mächtig war und man sich über einen Dolmetsch unterhalten mußte. Bei der Erörterung der Frage der schlechten Qualität der gelieferten Felle äußerte sich dazu Antonio L\*\*\* nicht, da die Ballen für eine eventuelle Durchsicht nicht mehr im Betrieb der Beklagten lagerten und sich aus den vorhandenen wenigen Fellmustern kein Rückschluß auf die Qualität der Gesamtlieferung ziehen ließ. Die Gespräche endeten letztlich mit einem Mißton, weil von seiten der Beklagten der Verdacht einer Manipulation geäußert wurde, worüber sich Antonio L\*\*\* ärgerte. Die Beklagte stellte mit Datum 6.August 1980 eine "Buchungsnota" über die zurückgesandten rund 38.000 qfs Lammfell im Betrage von S 374.739,75 aus. Eine weitere Buchungsnota mit der Nummer 152 vom 7. August 1980 bezog sich auf den Abzug für eine vierprozentige Maßdifferenz, wobei hier bezüglich der übernommenen Ware von 36.442,25 und 13.894,75 qfs eine Preisreduktion von jeweils 4% vorgenommen wurde. Im letzten Absatz dieser Note hieß es: "Wir beziehen uns auf die geführten Gespräche mit Herrn L\*\*\* und Herrn K\*\*\* bei Ihrem Besuch in unserem Haus und belasten Sie mit der oben angeführten Maßdifferenz von 4%, welche eindeutig festgestellt wurde." Von der Einräumung eines zusätzlichen Skontos durch die Klägerin war hier nicht mehr die Rede. Mit Fernschreiben vom 8. August 1980 hielt die Klägerin folgendes fest: "Zurückkommend auf den Besuch vom 4.August 1980 von L\*\*\* und K\*\*\* halte ich fest, daß die kontrollierte Ware vom Resultat her und der Quantität in Ordnung war." Gleichzeitig wurde um die sofortige Bezahlung der Lieferung ersucht. Die Beklagte beantwortete diese Mahnung mit folgendem Fernschreiben:

"Wir nehmen Bezug auf den Besuch von Herrn L\*\*\* vom 4.August 1980 und halten der Ordnung halber fest, daß von Ihrer Lieferung laut Rechnung 9.Juni 1980 insgesamt 38.238,75 qfs aus Qualitätsgründen retourniert wurden. Wir bedauern diese Notwendigkeit, haben aber keine Möglichkeit, die gelieferte und zum Teil nicht übernommene Qualität zu verarbeiten. Darüber hinaus wurde von Herrn L\*\*\*, Herrn K\*\*\* und uns eine Maßdifferenz von 4,5% für Ihre Decksohlenlieferung vom 17.April 1980 über 36.442,25 qfs, sowie von der behaltenen Teilmenge der Lieferung vom 9.Juni 1980 festgestellt, wobei wir uns vereinbarten, die Mengendifferenz für diese Mengen anzulasten.

Ihr Konto rechnen wir somit wie folgt ab:

Ihre Lieferung 9.6.1980 qfs 52.132,75

minus Rücksendung vom

31.Juli 1980 qfs 38.238,75

übernommene Menge qfs 13.894 x 9,80 = öS 136.161,20

- 5% Skonto = öS 6.808,06

- unsere Belastung vom

7.8.1980,

4% Maßdifferenz öS 19.732,10

Saldo öS 109.621,04

Dieser Betrag wurde heute fernschriftlich an Sie zur Überweisung gebracht, womit Ihr Konto ausgeglichen ist." (Beilage 5). Im Fernschreiben vom 20.August 1980 wurde auf ein Interesse an weiteren Geschäftsbeziehungen verwiesen, wobei Voraussetzung hiefür eine korrekte Abwicklung der Geschäfte sein sollte. Zu dieser Zeit lagerte die nach Italien zurückgesandte, von der Klägerin nicht angenommene Ware bei der Spedition P\*\*\* in Linz. Diesem Fernschreiben folgte ein weiteres vom Klagevertreter Dr. Mondel, in welchem die Beklagte aufgefordert wurde, den noch offenen

Rechnungsbetrag bis längstens 28.August 1980 zu bezahlen. Die Beklagte beantwortete diese Mahnung mit Fernschreiben vom 4. September 1980 (Beilage 7) unter Verweisung auf den im Fernschreiben vom 12.August 1980 vertretenen Standpunkt dahin, nicht bereit zu sein, den noch offenen Betrag zu bezahlen. Im Fernschreiben heißt es dann unter anderem: "Wir hoffen sehr, nicht zuletzt auch im Hinblick auf zukünftige Geschäfte mit der Firma C\*\*\*, daß die Angelegenheit zufriedenstellend gemäß unserem Standpunkt erledigt wird, wozu gemäß Information von Herrn K\*\*\* als Vertreter der Firma C\*\*\* anlässlich der Messe in Paris ein weiteres Gespräch stattfinden soll." Über Vermittlung August K\*\*\*S, der die Geschäftsbeziehungen zwischen den Streitteilen aufrecht erhalten wollte, kam es im Telex vom 24.Oktober 1980 zu folgendem Vorschlag zur Bereinigung der bestehenden Meinungsverschiedenheiten:

"Unter Bezugnahme auf das soeben mit Herrn K\*\*\* geführte Telefonat geben wir Ihnen in obiger Angelegenheit folgenden Bescheid: Wir sind, um Ihnen nochmals entgegen zu kommen, jedoch ohne Präjudiz für einen allenfalls folgenden Rechtsstreit bereit, die derzeit zu Ihrer Verfügung bei der Spedition P\*\*\* lagernden gegenständlichen Decksohlenlammfelle zum Zwecke der Sortierung nach Eignung für unsere Produktion nochmals in unser Haus zu überstellen. Dies jedoch nur dann, wenn Sie uns umgehendst festschriftlich bestätigen, daß Sie damit einverstanden sind, daß die von unserem Herrn B\*\*\* bzw. Übernehmer am 7.November 1980 im Beisein von Herrn L\*\*\* durchgeführte Sortierung akzeptiert wird, d.h., daß diejenige Ware, die nicht geeignet ist, an Ihre Adresse retourniert wird. Wir erbitten Ihre kurze FS-Bestätigung, um alles weitere zu veranlassen." (Beilage 8).

Diesen Vergleichsvorschlag beantwortete Dr. Mondel mit folgendem Vergleichsanbot im Fernschreiben vom 13.November 1980:

"Unpräjudiziell des Rechtsstandpunktes weise ich darauf hin, daß meine Mandantin zwecks einvernehmlicher Regelung betreffend die Rechnung meiner Mandantin vom 9.Juni 1980, Nr.1471, Ihnen folgendes Anbot erstellt:

Die derzeit bei Ihrem Spediteur lagernde Ware wird bei Ihnen nochmals in Gegenwart einer von uns beauftragten Person besichtigt. Die Ware, die von Ihnen im Einvernehmen mit unserem Beauftragten übernommen wird, wird von Ihnen Zug um Zug bar bezahlt ohne jedweden Abzug oder jegliches Kassa-Skonto. Jene Ware hingegen, die von Ihnen nicht übernommen wird, und für jene dann einvernehmlich ein Storno festgelegt wird, wird dann nach Italien retourniert mit Belastung der Transport- und Wiedereinfuhrspesen ab italienischer Grenze bis Chieti scalo an C\*\*\*. Im Falle, daß auch jene zuletzt genannten Felle von Ihnen übernommen werden, wird limitiert auf diese ein reduzierter Preis festgesetzt. Dieses Anbot und die dabei angewendete Vorgangsweise ist unpräjudiziell des Rechtsstandpunktes. Nach sofortiger Bezahlung und Rücknahme bzw. einvernehmlicher Verringerung des Kaufpreises hinsichtlich der von Ihnen nicht entsprechend befundenen Ware sind sämtliche gegenseitige Ansprüche verglichen und bereinigt. Dieses Anbot ist bis zum 20.November 1980 gültig." (Beilage T). Dieses Vergleichsanbot wurde von der Beklagten nicht angenommen. Dennoch versuchte August K\*\*\* insbesondere im Zusammenwirken mit Elisabeth G\*\*\*, doch noch einen Vergleich mit der Beklagten zu erzielen. Es sollte dabei eine Neusortierung der strittigen Ware erfolgen, womit die Beklagte grundsätzlich einverstanden war. Offen blieben die Fragen der Abgeltung von Maßdifferenzen und einer Skontoeinräumung. "All dies sollte pauschal und im Kulanzweg anlässlich eines weiteren Geschäfts erledigt werden." Es gab diesbezüglich zwischen Elisabeth G\*\*\* und August K\*\*\* anlässlich der Messe in Florenz am 22.November 1980 Gespräche. August K\*\*\* sagte dabei zu, die Sortierung im Einvernehmen mit der Beklagten in den folgenden 8 bis 14 Tagen in deren Betrieb vorzunehmen. Die Beklagte war mit dieser Vorgangsweise einverstanden und ließ die bei der Firma P\*\*\* lagernde Ware in ihren Betrieb kommen. August K\*\*\* suchte am 1.Dezember 1980 den Betrieb der Beklagten in Taufkirchen an der Pram auf, um, wie vereinbart, die Sortierung der Ware als Vertreter der Klägerin zu beobachten, bzw. selbst durchzuführen. Bei dieser Gelegenheit wurden insgesamt acht Ballen durchgesehen, von denen drei Ballen brauchbare, und fünf Ballen schlechte Felle enthielten. Dies teilte August K\*\*\* am 2. Dezember 1980 telefonisch Elisabeth G\*\*\* mit. Elisabeth G\*\*\* hielt die telefonische Meldung wie folgt fest: "Die Durchsicht ist heute gemacht worden und sobald sie fertig sein wird, werden sie uns ein Resultat bekanntgeben. Es gibt Ballen dabei, wo gute Felle enthalten sind und andere Felle, die unbrauchbar sind. Jetzt ist es schwer, einen Prozentsatz festzustellen. Herr B\*\*\* hat wenig davon gesehen. Herr B\*\*\* geht alle Felle durch, Herr L\*\*\* und Herr D\*\*\* sind nicht anwesend gewesen. Gestern wurden acht Ballen angesehen und davon drei als gut und fünf als schlecht befunden, aber für den Rest wird er uns morgen weiter Bescheid geben."

Anlässlich dieses Telefongesprächs beanstandete Elisabeth G\*\*\* nicht, daß August K\*\*\* offenbar nur einen Teil der Ballen durchgesehen hatte. Die weitere Durchsicht erfolgte dann am 3. Dezember 1980. Am 5.Dezember 1980 gingen 30 Ballen mit ca. 26.715 qfs Lammfelldecksohlen über die Spedition P\*\*\* an die Klägerin zurück. Diese Lieferung langte

am 15.Dezember 1980 bei der Centro Spedizioni Internazionali SPR in Vicenza ein. Über Drängen Elisabeth G\*\*\*S teilte August K\*\*\* am 5.Dezember 1980 der Klägerin fernschriftlich mit, daß er die Sortierungsdaten erst am darauffolgenden Dienstag erhalten werde. Auf die Frage, warum die Angelegenheit so lange dauere, antwortete er, daß er am Freitag zwar im Betrieb der Beklagten in Taufkirchen an der Pram gewesen wäre, dort aber wegen des Arbeitsschlusses um 12 Uhr niemanden mehr angetroffen hätte. Mit Fernschreiben vom 12.Dezember 1980 teilte August K\*\*\* die im Betrieb der Beklagten überwiegend von Adolf B\*\*\* vorgenommenen Sortierungsergebnisse mit, wonach 11.523 qfs in Ordnung befunden worden seien und 26.715 qfs infolge ihrer schlechten Qualität zurückgehen würden. Gleichzeitig teilte August K\*\*\* mit, daß die Firma H\*\*\* an weiteren Decksohlen und auch an normaler Futterware interessiert wäre, man ein entsprechendes Geschäft im Dezember abschließen könne und in der dritten Jännerwoche eine Warenübernahme möglich sein würde. Die Klägerin bemerkte dazu, daß man mit diesen Sortierergebnissen nicht einverstanden sei und Näheres per Telefon abgesprochen werden solle. "Dieses Sortierergebnis im Einklang mit dem Schreiben der italienischen Spedition" vom 15.Dezember 1980 verstärkte bei der Klägerin den Eindruck, daß August K\*\*\* seiner Verpflichtung, bei der Sortierung der strittigen Ware mitzuhelfen, nur unzureichend nachgekommen sei. Man entschloß sich daher, von der bisherigen Vereinbarung abzugehen und das Zählergebnis der zweiten Sortierung nicht mehr zu akzeptieren. Dr.Mondel wurde neuerlich beauftragt, diese Sache zu betreiben und den noch ausstehenden Kaufpreisrest einzumahnen. Die Beklagte verfaßte am 15.Dezember 1980 folgendes Schreiben an die Klägerin:

"Wir haben die bei P\*\*\* Linz zu Ihrer Verfügung lagernde Ware entsprechend der Vereinbarung mit Ihrem Beauftragten, Herrn K\*\*\*, sortiert und 11.523,75 qfs übernommen. Die Abrechnung haben wir laut nachstehender Aufstellung vorgenommen:

Übernommen 11.523,75 qfs a S 9,80 S 112.932,75

- 4% Maßdifferenz lt. früherer

Vereinbarung S 4.517,31

S 108.415,44

- 5% Skonto S 5.420,77

S 102.994,67

- Lagerkosten P\*\*\* lt.

Rechnung 10.Dezember 1980 S 8.978,--

S 94.016,67"

(Beilage 9).

Die Beklagte ging am 18.Dezember 1980 auf das Vergleichsanbot Dris.Mondel vom 13.November 1980 ein und meinte, daß es mittlerweile zu einem "neuen Vorschlag zur teilweisen Übernahme der Ware gekommen wäre", sowie, daß der Beauftragte der Firma C\*\*\*, August K\*\*\*, eine Sortierung der geeigneten Ware vorgenommen hätte und der Rest vereinbarungsgemäß an die Firma C\*\*\* retourniert worden wäre, womit man die Sache für erledigt erachte. Dr. Mondel mahnte mit Schreiben vom 15.Jänner 1981 nochmals den Restbetrag ein und wies in diesem Zusammenhang darauf hin, daß seines Wissens nach außer seinem Anbot kein weiterer neuer Vorschlag zur teilweisen Übernahme der Ware erfolgt wäre. Im Antwortschreiben vom 20.Jänner 1981 verwies der Vertreter der Beklagten, Direktor Josef L\*\*\*, auf die Vereinbarung einer neuen Durchsortierung mit dem Repräsentanten der Klägerin, August K\*\*\*, sowie darauf, daß damit die Streitigkeit an sich erledigt wäre. Am 27.März 1981 kam es dann zu einem letzten Fernschreiben zwischen den Streitteilen folgenden Inhaltes:

"Sehr geehrter Herr Luciani

Wir haben erfreut durch Ihre österreichische Vertretung K\*\*\* in Wien zur Kenntnis genommen, daß Sie uns zwecks Abschluß eines neuen Auftrages über 100.000 qfs Lammfelle für Schuhfutter in Chieti empfangen wollen. Als Besuchstermin schlagen wir den 15. oder 16. April 1981 bei Ihnen im Hause vor und haben zur Kenntnis genommen, daß Sie bei dieser Gelegenheit bereit sind, die strittige Angelegenheit Decksohlenfutter an Ort und Stelle und unter Zugrundelegung der noch bei Centro lagernden Lieferung zu behandeln. Wir bitten Sie daher, die Rücksendung dieser Ware bis zum 15.April nach Chieti zu veranlassen, damit wir anhand der Ware dieses Problem bereinigen können, um

für künftige Geschäfte wieder eine Grundlage zu schaffen." Zur Abwicklung dieses Auftrages kam es in der Folge nicht. Anlässlich der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 3. Dezember 1981 wurden ca. 100 Felle vom Sachverständigen Herbert R\*\*\* und Michael B\*\*\* in Anwesenheit von Antonio L\*\*\* stichprobenweise durchgesehen. Die Felle waren über das Maß hinaus glatzig, rippig und hart. Von den 100 durchgeblätterten Fellen trugen 90 bis 97% den Paginierstempel Michael B\*\*\*S. Bei einem guten Willen wären von den durchgesehenen Fellen 20 bis 25% - nicht bezogen auf das Fell, sondern auf die Gesamtmasse - zur Decksohlenherstellung verwendbar gewesen, wobei es Aufgabe des Stanzers gewesen wäre, bei den Fellen langwierig Flächen zu suchen, aus denen er Decksohlen hätte nehmen können. Dieser Vorgang wäre mit einer erheblichen Senkung der Akkordleistung verbunden gewesen. Im Bereich der Schaffelle letzter Qualität gibt es noch solche, die für Decksohlen völlig unverwendbar sind und nur als Lederinnenfutter für Schuhe Verwendung finden können. Zwischen Extraqualität und Decksohlenqualität besteht eine Preisdifferenz von 50%. Der übliche Lammfelldecksohlenpreis des Jahres 1980 betrug ca. 12,70 S. Bei den vom Sachverständigen untersuchten Fellen waren ca. 10 bis 20% rippig. Bei einer von der Klägerin im Laufe dieses Rechtsstreites angeregten, von der Staatsanwaltschaft Ried im Innkreis angeordneten kriminaltechnischen Untersuchung wurden sechs Fellstücke, an denen Schleifspuren vorhanden waren, untersucht. Bei vier Stücken ließen sich Farbfragmente im Bereich der abgeschliffenen Fellstellen erkennen, die materiell mit den blauen Stempelaufdrucken des Vergleichsmaterials übereinstimmten. Auf zwei Fellen konnte sogar der gleichartige räumliche Aufbau der Ziffern des Stempelabdruckes vermutet werden, wobei die Ziffern nicht mehr zu identifizieren waren. Auf einem Fellfragment hafteten im Bereich der Schleifspuren violette Farbspuren, die mit dem Vergleichsmaterial nicht übereinstimmten. In einem Fell konnten überhaupt keine Farbspuren festgestellt werden. Für eine Vergleichsuntersuchung im eigentlichen kriminaltechnischen Sinne eignete sich das Material nicht. In Italien bestand in der Zeit vom 8. März 1980 bis 20. September 1981 folgendes Zinsgefüge:

8. März bis 30. September 1980 20%, 1. Oktober bis 12. Oktober 1980 21,5%, 13. Oktober 1980 bis 31. März 1981 23%, 1. April bis 31. Mai 1981 25%, 1. Juni bis 20. September 1981 26%. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, gemäß § 36 IPR-Gesetz sei auf den vorliegenden Fall italienisches Recht anzuwenden. Keine der von den Streitteilen angezogenen Geschäftsbedingungen sei zwischen den Streitteilen wirksam geworden. Der Frage, ob die Beklagte die Mängel der Lieferung rechtzeitig gerügt habe, komme keine entscheidende Bedeutung zu, weil die Klägerin auf die Geltendmachung dieser Frist verzichtet habe und bereit gewesen sei, über die von der Beklagten aufgezeigten Mängel in Taufkirchen an der Pram zu verhandeln, um diese Reklamation zu erledigen. Zwischen den Streitteilen sei es zu einer Vereinbarung gekommen, "die streitgegenständliche Ware" nochmals in den Betrieb der Beklagten zu nehmen und in Anwesenheit bzw. mit Hilfe des Repräsentanten der Klägerin, August K\*\*\*, durchzusortieren. Die im wesentlichen noch brauchbare Ware hätte die Beklagte behalten und den Rest zurücksenden sollen, wobei man die Frage der Abgeltung der Maßdifferenz und die Frage eines Skontos zurückgestellt habe, um diese Fragen pauschal im Rahmen eines weiteren Auftrages im Kulanzwege zu erledigen. Bei dieser Vereinbarung habe es sich um eine Transaktion im Sinne des Art. 1975 des italienischen Zivilgesetzbuches gehandelt. Eine Transaktion sei ein Vertrag, mit welchem die Parteien durch gegenseitiges Gewähren von Konzessionen einem bereits begonnenen Rechtsstreit ein Ende setzen oder einem Rechtsstreit, der zwischen ihnen entstehe, vorbeugten. Mit den jeweiligen Konzessionen könnten auch Beziehungen hergestellt, verändert oder gelöscht werden, die von denen, welche Gegenstand der Forderung oder der Streitfrage der Parteien gewesen seien, verschieden seien. Damit eine Transaktion zwischen den Parteien gültig und wirksam sei, sei es vor allem notwendig, daß die Parteien die Fähigkeit hätten, über die Rechte, die Gegenstand des Streites seien, zu verfügen. Die Beklagte habe wohl annehmen dürfen, daß August K\*\*\* und Elisabeth G\*\*\* berechtigt gewesen seien, für die Klägerin Erklärungen abzugeben. Eine Transaktion könne, wenn es sich nicht um unbewegliche Güter handle, jede beliebige Form annehmen. Der Beweis für eine solche Transaktion müsse auch auf schriftlichen Unterlagen beruhen, eine förmliche Transaktionsvereinbarung müsse nicht vorliegen. Die Voraussetzungen für eine Annulierung der Transaktion lägen nicht vor. Die Klägerin sei nur deshalb von der Vereinbarung abgegangen, weil sie mit den Sortierergebnissen ihres eigenen Repräsentanten nicht einverstanden gewesen sei, bzw. diesem mißtraut habe. Diese interne Schwierigkeit könne nicht zu Lasten der Beklagten gehen, die sie nicht veranlaßt habe. Auch die Tatsache, daß man in der Endabrechnung vom 15. Dezember 1980 4% Maßdifferenz, ein Skonto und die Lagerkosten abgezogen habe, hätte diese Vereinbarung nicht unwirksam gemacht, da sich die Beklagte nur die Möglichkeit vorbehalten habe, diese Produktionen später mit der Klägerin im Vergleichswege zu bereinigen. Es müsse hier auf das letzte Schreiben der Beklagten vom 27. März 1981 verwiesen werden, in welchem die Offenheit für weitere Vergleichsgespräche aus der Lieferung vom 16. Juni 1980 dargetan und "offenbar in Entsprechung

der vorangehenden Abmachungen" eine verhältnismäßig große Bestellung über 100.000 qfs Lammfelle in Aussicht gestellt worden sei. Da es zu keiner Fortsetzung der Geschäftskontakte mehr gekommen sei, müsse über diese letzten Positionen "nach Tunlichkeit und Billigkeit" im Rahmen dieses Verfahrens entschieden werden. Die Geltendmachung von Lagerkosten sei nicht berechtigt, weil die Beklagte, obwohl sie gewußt habe, daß ein Durchgehen der Felle in Anwesenheit Antonio L\*\*\*S bevorgestanden sei, die Felle nach Italien geschickt und damit kurzfristig die Erledigung der Qualitätsreklamation verhindert habe. Auch der Abzug eines 5%-igen Skontos sei nicht zuzuerkennen gewesen, weil diese Frage in der Verhandlung vom 4. August 1980 "völlig offen geblieben" sei. Unstrittig sei nur, daß generell ein 4%-iger Abzug für Maßdifferenzen - ob jetzt Skonto oder Differenzausgleich - hätte erfolgen sollen. Der Klägerin seien daher nur diese beiden Positionen zuzuerkennen, das Mehrbegehren sei hingegen abzuweisen gewesen.

Das Berufungsgericht änderte über Berufung der Klägerin das erstgerichtliche Urteil dahingehend ab, daß es unter Abweisung eines geringfügigen Zinsenmehrbehrens dem Klagebegehren auch hinsichtlich des Betrages von S 292.864,47 s.A. stattgab. Es sprach aus, daß die Revision gemäß § 502 Abs4 Z 1 ZPO im Umfange der Abänderung zulässig sei. Das Berufungsgericht hielt die Mängelrüge aus rechtlichen Gründen für unerheblich und meinte in Erledigung der Berufungsausführungen zur unrichtigen Beweiswürdigung, die vom Erstgericht in Richtung einer zwischen den Streitteilen getroffenen Vereinbarung zur Bereinigung der zwischen ihnen strittigen Fragen, wobei lediglich die Frage des Abzuges einer Maßdifferenz von 4% sowie die Gewährung eines Skontos und die Tragung der Lagerkosten einer künftigen vergleichsweisen Bereinigung hätten vorbehalten bleiben sollen, gezogenen Schlußfolgerungen seien rechtlicher Natur und nicht dem Bereich der Sachverhaltsfeststellungen zuzuordnen. In rechtlicher Hinsicht habe das Erstgericht richtig erkannt, und dies stehe auch für die Streitteile unumstritten fest, daß sowohl auf den zwischen den Streitteilen abgeschlossenen Vertrag zur Lieferung von Lammfelldecksohlen gemäß § 36 IPR-Gesetz als auch bei der Prüfung der Frage, ob ein Vergleich abgeschlossen worden sei, gemäß § 45 IPR-Gesetz italienisches materielles Recht anzuwenden sei. Dem festgestellten Sachverhalt könne in rechtlicher Hinsicht nicht entnommen werden, daß die Streitteile im Sinne der Art.1965 ff. des italienischen Zivilgesetzbuches (im folgenden kurz CC) einen Vergleich, das heißt einen Vertrag abgeschlossen hätten, durch den sie im Wege gegenseitigen Nachgebens einem Rechtsstreit zuvorgekommen wären, der in der Folge tatsächlich zwischen ihnen entstanden sei. Diesbezüglich fehle es an der für den Abschluß von Verträgen in den Art.1326 und 1327 CC geforderten Annahme eines der Vergleichsanbotes, welche die Streitteile einander gemacht hätten. Wie der Schriftverkehr zwischen den Streitteilen deutlich zeige, sei keiner der diesbezüglichen Vorschläge angenommen worden. Bis zum Schluß der Korrespondenz habe in wesentlichen Bereichen ein Dissens geherrscht. Dies komme auch sehr deutlich durch das letzte an die Klägerin gerichtete Fernschreiben vom 27. März 1981 (Beilage 13) zum Ausdruck, in welchem die Beklagte die "strittige Angelegenheit Decksohlenfutter" erwähnt und darauf verwiesen habe, zur Kenntnis genommen zu haben, daß Antonio L\*\*\* bereit sei, diese Angelegenheit "an Ort und Stelle unter Zugrundelegung der noch bei C\*\*\* lagernden Lieferung zu behandeln". Wenn das Erstgericht im Rahmen seiner Feststellungen von einem Abgehen von der "bisherigen Vereinbarung" durch die Klägerin gesprochen habe, so könne die dort genannte Vereinbarung nicht als Vergleich im Sinne des Art.1965 CC gewertet werden, da die Streitteile lediglich dahin übereingekommen seien, die von der Beklagten beanstandeten Felle zu überprüfen. Dabei sei noch immer offen geblieben, was im einzelnen nach dieser Überprüfung zu geschehen hätte. Noch in dem Vergleichsanbot der Klägerin vom 13. November 1980 sei davon die Rede gewesen, daß für die von der Beklagten nicht übernommene Ware "dann einvernehmlich ein Storno festgelegt" werde. Zudem sei auch dieses Anbot der Klägerin von der Beklagten nicht angenommen worden. Es sei aber auch zu verneinen, daß der Beklagten der im Art.1967 CC geforderte schriftliche Nachweis eines zwischen den Streitteilen abgeschlossenen Vergleiches gelungen sei. Weder der zwischen den Streitteilen geführten Korrespondenz noch der Aktennotiz der Elisabeth G\*\*\* vom 2. Dezember 1980 könne entnommen werden, zwischen den Streitteilen sei eine Vergleichsvereinbarung dahin zustandegekommen, daß die Felle, welche die Beklagte nicht zu übernehmen gewillt gewesen sei, von der Klägerin zurückgenommen würden. Auch wenn die nach österreichischem Recht zu beurteilende Frage der Vertretungsbefugnis des August K\*\*\*

(§ 49 Abs2 IPR-Gesetz) dahin zu lösen wäre, August K\*\*\* sei von der Klägerin zum Abschluß eines Vergleiches mit der Beklagten (im Urteil des Berufungsgerichtes heißt es offenbar irrig mit der klagenden Partei) bevollmächtigt gewesen, könnte nicht gesagt werden, daß ein solcher Vergleich zwischen den Streitteilen zustandegekommen wäre. Wie schon erwähnt habe nämlich bis zuletzt zwischen den Streitteilen in wesentlichen strittigen Punkten ein Dissens geherrscht, der auch durch Vermittlung des August K\*\*\* nicht hätte aufgelöst werden können und durch seine Erklärung nicht aus der Welt geschafft worden sei. Zu prüfen bleibe die Frage, ob die Klägerin der Beklagten aus dem Titel der

Gewährleistung für Mängel an den der Beklagten verkauften Lammfelldecksohlen zu haften habe. Gemäß Art.1491 CC sei man zu einer Gewährleistung nicht verpflichtet, wenn der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Fehler der Sache gekannt habe, bzw. wenn die Fehler leicht erkennbar gewesen seien, es wäre denn, der Verkäufer habe in diesem Falle erklärt, die Sache wäre fehlerfrei. Die im nachhinein von der Beklagten beanstandeten Lammfelldecksohlen seien von dem von der Beklagten hiezu nach Italien beorderten Michael B\*\*\* überprüft und ausgewählt worden. Daß von der Beklagten Felle beanstandet worden wären, welche nicht von Michael B\*\*\* übernommen worden seien, habe nicht festgestellt werden können. Auszugehen sei daher davon, daß die im nachhinein beanstandeten Lammfelldecksohlen mit dem Zeitpunkt ihrer Übernahme von Michael B\*\*\* als gekauft zu gelten hätten, wobei eine Überprüfung der Ware durch den Käufer in der Weise stattgefunden habe, daß bereits im Zeitpunkt der Übernahme der Ware durch Michael B\*\*\* die Beschaffenheit der Felle und ihre Dimensionierung klar erkennbar gewesen seien. Den Beweisergebnissen und dem damit übereinstimmenden diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten sei zu entnehmen, daß die von der Beklagten im nachhinein gerügten Mängel bei Durchsicht der Felle im Betrieb der Beklagten sogleich hätten erkannt werden können. Es sei weder behauptet worden, noch habe das Beweisverfahren irgendwelche Ergebnisse in der Richtung erbracht, daß hinsichtlich der Dimensionierung der Felle von Seiten der Klägerin eine bestimmte Größe zugesichert worden wäre. Die Gewährleistung gemäß Art.1491 CC sei daher ausgeschlossen, weil erst mit dem Aussuchen der Ware durch Michael B\*\*\* der Vertrag zustandegekommen und diese ausgesuchte Ware an die Beklagte geliefert worden sei, wobei die Beklagte versucht habe, im nachhinein die von Michael B\*\*\* ausgesuchte Ware zu bemängeln, während die übrigen Lammfelldecksohlen mängelfrei geblieben seien. Der Klägerin sei daher der noch unberichtigte Restbetrag von S 307.262,24 aus der Rechnung Nummer 752 vom 9.Juni 1980, welche der Beklagten für die gelieferten Lammfelldecksohlen gemeinsam mit der Ware am 9.Juni 1980 übersendet worden sei, zuzusprechen gewesen. Da die Beklagte mit der Bezahlung dieses seit 19.Juni 1980 fälligen Rechnungsbetrages in Verzug geraten sei, habe die Klägerin Anspruch auf Verzugszinsen, allerdings nur in der Höhe, in welcher von ihr der in Italien gültige Zinsfuß nachgewiesen und vom Erstgericht festgestellt worden sei.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes richtet sich die Revision der Beklagten aus den Revisionsgründen der Mängelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil im Sinne der Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteiles abzuändern, allenfalls das Urteil aufzuheben und die Rechtssache an das Berufungsgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, oder das Urteil im Zinsenzuspruch dahingehend abzuändern, "daß nur die in Österreich handelsüblichen Zinsen von 5% p.a. zugesprochen werden."

Die Klägerin beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses der Parteien und bei der Beantwortung der Fragen, ob zwischen den Parteien ein außergerichtlicher Vergleich und/oder ein Verzicht auf die Einrede der Verspätung der Mängelrüge zustandegekommen ist, österreichisches oder italienisches Sachrecht anzuwenden ist, stellt zwar nicht aus den von der Beklagten verwendeten Argumenten, wohl aber deshalb eine erhebliche Rechtsfrage dar, weil es - soweit ersichtlich - noch keine Rechtsprechung darüber gibt, welches Recht auf Kaufverträge zwischen einem italienischen Verkäufer und einem österreichischen Käufer und auf die im Zusammenhang damit auftauchenden Fragen der Gewährleistung, Mängelanzeige, Verzicht auf Gewährleistungsausschluß (Verspätung der Mängelanzeige) und Vergleich anzuwenden ist. Auszugehen ist vom § 36 IPR-Gesetz, wonach gegenseitige Verträge, nach denen die eine Partei der anderen zumindest überwiegend Geld schuldet, nach dem Recht des Staates zu beurteilen sind, in dem die andere Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder wo die Niederlassung liegt, in deren Rahmen der Vertrag geschlossen wurde. Dieses Sachrecht ist gemäß § 45 IPR-Gesetz auch insoweit anzuwenden, als es sich um abhängige Rechtsgeschäfte handelt, wozu der oben genannte Verzicht und der Vergleich gehören (vgl. Schwimann in Rummel, ABGB, Rdz 1 und 3 zu § 36 IPR-Gesetz; derselbe aaO Rdz 1 zu § 45 IPR-Gesetz; JBI 1984, 383; IPRE 1/37, S 77; IPRE I/80, S 163). Die Anwendung des italienischen Rechtes führt im Zusammenhang mit dem Haager Übereinkommen vom 15.Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anzuwendende Recht - in der Folge Haager-Kauf-IPR genannt - (Übersetzung des Textes in Reithmann, Internationales Vertragsrecht, S 269 f.; vgl. auch Dölle, Kommentar zum Einheitskaufrecht, RdNr. 12, 13 und 18 vor den Art.1 bis 8; Vortragsbericht in ÖJZ 1985. 622 f) grundsätzlich zur Anwendung des Haager

Übereinkommens vom 1.Juli 1964 zur Einführung eines einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen - in der Folge EKG genannt - (vgl. Dölle aaO; Vortragsbericht aaO; Mertens-Rehbinder, Internationales Kaufrecht, RdNr. 11 zu Art.1/2; Caemmerer in FS Nipperdey I 227 f.). Dies deshalb, weil Italien Vertragsstaat der beiden genannten Übereinkommen ist, nach Art.3 des Haager-Kauf-IPR das Recht des Verkäuferlandes maßgebend ist, und auch die Voraussetzungen der Art.1 bis 7 des EKG gegeben sind, insbesondere ein Kaufvertrag im Sinne des Art.1 Abs1 EKG vorliegt und kein Ausschluß der Anwendung des EKG im Sinne des Art.3 EKG behauptet wurde oder hervorgekommen ist. Da Italien als Vertragsstaat des Haager-Kauf-IPR vom Vorbehalt des Art.IV des EKG Gebrauch gemacht hat (Dölle aaO;

Reithmann aaO RdNr.292; Stötter, Internationales Einheits-Kaufrecht, 440; Mertens-Rehbinder, aaO RdNr.11 zu Art.1/2; Kropholler in RabelsZ 1974, S 374 f.), gehen die Regeln des Haager-Kauf-IPR jenen des EKG vor (Dölle aaO RdNr.13 vor den Art.1 bis 8; Zweigert-Drobnig, RabelsZ 1965, S 157 f.). Nach Art.4 des Haager-Kauf-IPR werden unter anderem die Modalität der Untersuchung sowie die Rüge gesondert angeknüpft und dem Recht des Lieferortes unterworfen, sodaß diesbezüglich nicht die Vorschriften des EKG, sondern jene des Lieferortes maßgeblich sind (Zweigert-Drobnig, aaO). Insofern wird durch das Haager-Kauf-IPR auf österreichisches Recht - der Lieferort liegt in Österreich - zurückverwiesen, was möglich ist (vgl. Jayme in FS Beitzke S 544 und 546).

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß die Frage, wann und wie die Ware zu untersuchen und wann welche Mängelanzeigen zu machen waren, nach österreichischem Recht zu beurteilen ist, während für die übrigen Fragen italienisches Recht maßgebend ist. Dabei ist aber zu unterscheiden, inwiefern das Recht des EKG als Sonderrecht und inwiefern die Bestimmungen des Codice Civile anzuwenden sind. Nach ersterem sind - mit Ausnahme der Untersuchung und Rüge - jene Fragen zu beurteilen, die ein im EKG geregelter Rechtsgebiet betreffen (Art.8 und 17 EKG), während die übrigen Fragen nach den Bestimmungen des Codice Civile zu beurteilen sind.

Auf dieser Grundlage ist zunächst die von der Beklagten angeschnittene Frage zu klären, ob zwischen den Parteien der von der Beklagten behauptete Vergleich zustande gekommen ist, daß die Beklagte nur die bei einer nochmaligen Sortierung sich als brauchbar herausstellenden Felle behalten und bezahlen, die übrigen Felle aber zurücksenden werde.

Die Beklagte erhebt diesbezüglich sowohl unter dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung als auch unter dem der Mängelhaftigkeit des Verfahrens zu Unrecht den Vorwurf, das Berufungsgericht habe einen solchen Vergleich deshalb verneint, weil es für einen solchen Schriftform gefordert habe. Das Berufungsgericht hat dies nicht getan, sondern nur den schriftlichen Nachweis eines formlos abgeschlossenen Vergleiches verlangt, aber auch ausgeführt, daß es keine Einigung der Parteien annehme. Soweit die Beklagte darin ein Abgehen von der Feststellung des Erstgerichtes ohne Beweiswürdigung und damit einen Verfahrensmangel erblickt, ist ihr zu entgegnen, daß es sich bei der Frage, ob auf Grund bestimmter Umstände eine Einigung in Form eines Vergleiches anzunehmen ist, um eine Rechtsfrage handelt. Abgesehen davon, daß die Beklagte mit diesen Ausführungen keinen rechtlichen Gesichtspunkt gegen die Auffassung des Berufungsgerichtes, ein solcher Vergleich sei mangels Einigung der Parteien nicht zustande gekommen, vorbringt, kann in dieser Auffassung auch keine Rechtsrüge hinsichtlich der Bestimmungen der Art.1326 und 1495 CC erblickt werden. Die Ausführungen zur Frage des Verzichtes auf die Einwendung, die Mängelrüge sei verspätet erfolgt, sind von der Beklagten ebenfalls zu Unrecht dem Rechtsmittelgrund der Mängelhaftigkeit des Verfahrens zugeordnet worden, weil es sich auch dabei um eine Rechtsfrage handelt. Zu diesen als Rechtsrüge zu behandelnden Ausführungen war folgendes zu erwägen:

Nach den Feststellungen hat Michael B\*\*\* die Felle

hinsichtlich ihrer Qualität geprüft und kam der Kaufvertrag mit dem Aussuchen der Felle durch Michael B\*\*\* zustande, während in der "weiteren Folge die ausgesuchten Felle im Gewerbebetrieb der klagenden Partei mit einem elektronischen Meßgerät vermessen (nach qfs) und das Meßergebnis mit einem Stempelabdruck auf der Rückseite des Felles festgehalten" wurde. Es erfolgte also durch den Übernehmer der Beklagten nur eine Qualitäts-, nicht aber auch eine Ausmaßüberprüfung. Da die Untersuchung der Ware im Gewerbebetrieb der Klägerin in Italien erfolgte und das EKG bezüglich der Folgen der Kenntnis oder des Kennenmüssens des Mangels im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Bestimmungen enthält, sind diese anzuwenden. Art.36 EKG bestimmt, daß unter anderem im Falle eines Qualitätsmangels der Verkäufer hiefür nicht haftet, wenn der Käufer bei Vertragsabschluß die Vertragswidrigkeit gekannt hat oder über sie nicht in Unkenntnis hat sein können. Dies hat zur Folge, daß ein Gewährleistungsanspruch

der Beklagten hinsichtlich der Qualität der von Michael B\*\*\* ausgesuchten Felle überhaupt nicht entstanden ist. Insofern ist die Auffassung des Berufungsgerichtes, die diese aber zu Unrecht auf Art.1491 CC gestützt hat, im Ergebnis richtig. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes kann aber von einem Gewährleistungsausschluß hinsichtlich der Quantitätsmängel nicht gesprochen werden. Diesbezüglich braucht die Frage der Verspätung der Mängelrüge - diese würde sich, wie oben ausgeführt, nach österreichischem Recht und daher nach § 377 HGB richten - nicht erörtert werden. Denn selbst wenn man ihre Verspätung annähme, könnte dies von der Klägerin wegen eines diesbezüglichen Verzichtes nicht mehr eingewendet werden. Das Berufungsgericht hat sich mit der Frage, ob ein Verzicht auf die Rechtsfolge der Verspätung der Mängelrüge erfolgt ist, nicht auseinandergesetzt. Da diese Frage im EKG nicht geregelt ist (vgl. Art.8 und 17) muß diese Frage nach dem (allgemeinen) italienischen Sachrecht beurteilt werden. Diesbezüglich erliegt im Akt eine Auskunft des Ministero di Grazia e Giustizia, wonach nach italienischem Recht der Käufer nach Ablauf der Garantie nur dann sein Recht auf Garantie wieder erlangen kann, wenn der Verkäufer auf den Ablauf derselben verzichtet. Ein solcher Verzicht kann auch schweigend vor sich gehen und aus einem Versprechen, die Sache zu reparieren oder zu ersetzen, entnommen werden, aus der Zurückzahlung des Preises, aus dem Vorschlag, den Vertrag einvernehmlich aufzulösen, aus dem Umstand, daß der Verkäufer einer gemeinsamen Überprüfung der Ware oder einer vorbeugenden Feststellung des technischen Zustandes zustimmt. Ein solcher stillschweigender Verzicht der Klägerin hinsichtlich des Verspätungseinwandes der Ausmaßrüge muß nach den vorliegenden Feststellungen angenommen werden. Der Inhaber der Klägerin ist in den Betrieb der Beklagten gekommen und hat bei dem dort am 4. August 1980 durchgeführten Gespräch nicht auf eine Verspätung der Mängelrüge hingewiesen. Man ist bei diesem Gespräch, nachdem sich bei durchgeführten Nachmessungen tatsächlich Maßdifferenzen herausgestellt hatten, grundsätzlich übereingekommen, daß man seitens der Klägerin der Beklagten entgegenkommen werde, wobei der Inhaber der Klägerin vorschlug, den bereits erledigten Skonto von 4% wieder au

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)