

Reisinger & Spindler & Baldauf

Rechtsanwalts-GmbH



EINSCHREIBEN

An den
Landesmootcourt Innsbruck
Maximilianstraße 3
5010 Innsbruck

GZ 2 R 121/07w

Klagende Partei: **Macchinarivari S.r.l.,**
Via Giacomo Leopardi n. 13,
I-35126 Padova (VE)

vertreten durch: **Böck & Lämpel,**
Rechtsanwaltspartnerschaft,
Hauptplatz 10,
5010 Salzburg

Beklagte Partei: **Van Stahl GesmbH,**
Hinterhuberweg 15,
6330 Kufstein

vertreten durch: 
Reisinger & Spindler & Baldauf
Rechtsanwalts-GmbH
Maximilianstraße 6-7, 6020 Innsbruck
Tel: 0512-38002 Fax: DW -3

Vollmacht gem § 30 (2) ZPO und § 8 (1) RAO erteilt.
Gem § 19a RAO verlangt der gefertigte Anwalt die Bezahlung
sämtlicher Kosten zu seinen Händen.

wegen: EUR 194.380,23 s.A.

REKURS **der beklagten Partei**

2-fach
1 Halbschrift



Für Ihr Recht.
Ihr Rechtsanwalt.

Team Graz: Rsb

Dr. Manuel Reisinger, LL.M. (Zagreb)
zugelassen auch in Zagreb, Kroatien

Dr. Julia Spindler, LL.M. (London)
zugelassen auch in London, Großbritannien

Dr. Bettina Baldauf, LL.M. (Harvard)
zugelassen auch in New York, USA

Dr. Harald Durchblick, M.B.L.
European + International Business Law, HSG

Dr. Fritz Findig

Innsbruck: Maximilianstraße 6-7,
A-6020 Innsbruck

Tel.: (0512) 380 02

Fax: (0512) 380 02-3

rsb@mcourt.at, www.rsb-mcourt.at

GmbH mit Sitz in Innsbruck,

LG Innsbruck

In außen bezeichneter Rechtssache erhebt die beklagte Partei durch ihre ausgewiesene Vertreterin gegen den Beschluss des Oberlandesmootcourt Innsbruck vom 12.03.2008, **GZ 2 R 121/07w**, der Beklagtenvertreterin zugestellt am 12.03.2008, innerhalb offener Frist nachstehenden

REKURS

an den Obersten Mootcourt und führt wie folgt aus:

A. Umfang der Anfechtung – Anfechtungsgründe

Der Beschluss wird in seinem gesamten Umfang angefochten. Als Rekursgrund wird unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht.

B. Rechtserheblichkeit

Der Rekurs ist, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgesprochen hat, iSd § 519 Abs 1 Z 2 ZPO zulässig, da die vorliegende Entscheidung Rechtsfragen aufwirft, denen für die Rechtsentwicklung eine erhebliche Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO zukommt. Neben den vom Berufungsgericht aufgeworfenen erheblichen Rechtsfragen im Bereich des UN-Kaufrechts (Beweislastverteilung und Umfang der Beweislast für Sachmängel nach dem UN-Kaufrecht, Rechtsfolgen bei Vorliegen eines nicht verbesserten Sachmangels, insbesondere ob das UN-Kaufrecht ein Zurückbehaltungsrecht gewährt, Beginn der Verjährung bei Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts auf das zugrunde liegende Vertragsverhältnis), ist die Lösung nachstehender Fragen von erheblicher Bedeutung: die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts auf einen Anlagenkauf; die Übernahme des Sprachrisikos, wenn die Rechtswahl in einer anderen als der Vertragssprache erfolgt; die angemessene Höhe der Vertragsstrafe beim Anlagenkauf und die Wirkungen der Garantiezusage nach UN-Kaufrecht. Die Rechtserheblichkeit der einzelnen Fragen ergibt sich aus nachstehenden Erwägungen.

Inwieweit die Planung, Lieferung und Montage einer Anlage sowie die Einschulung – insbesondere, wenn es sich um einen Prototypen handelt – kauffremde Elemente, die zu einem Ausschluss der Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts führen, darstellen, wurde durch den Obersten Mootcourt noch nicht ausgesprochen. Die Frage der Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts ist jedenfalls von großer Bedeutung, da alle weiteren Rechtsausführungen entweder auf UN-Kaufrecht oder auf unvereinheitlichtes nationales Recht zu stützen sind. Im gegenständlichen Fall ergeben sich hinsichtlich der Beurteilung mancher Rechtsfragen große Unterschiede zwischen den beiden Regelungssystemen, insbesondere was die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge betrifft.

Darüber hinaus ist von erheblicher Bedeutung, wer das Sprachrisiko der Rechtswahl, die in einer anderen als der Vertragssprache abgefasst ist, zu tragen hat, da die Gültigkeit der Rechtswahl und in der Folge auch das anzuwendende Recht davon abhängt. Der Oberste Mootcourt hat zwar in mehreren Entscheidungen ausgeführt, dass es bei der Frage, ob dem Adressaten das Verständnis übermittelter AGB zugesonnen werden könne, auf die Länge, Intensität und Bedeutung von Geschäftsbeziehungen sowie auf die Verbreitung der verwendeten Sprache im Kulturkreis ankomme. Er hat jedoch nie ausgesprochen, wie lange bzw intensiv eine Geschäftsbeziehung sein müsse, oder wann eine Sprache im Kulturkreis eines Landes so verbreitet ist, dass man ohne weiteres davon ausgehen kann, dass der ausländische Vertragspartner diese Sprache versteht.

Der Oberste Mootcourt hat bis dato nicht ausgesprochen, in welcher Höhe eine Vertragsstrafe beim Kauf einer Anlage im vorliegenden Größenumfang angemessen ist. Dies ist aber für Anlagenkaufverträge von grundlegender Bedeutung.

Das UN-Kaufrecht enthält keine gesonderten Regelungen zur Garantie und es gibt auch keine Rechtsprechung des Obersten Mootcourts zur Frage, welche Wirkungen eine Garantiezusage hat, wenn UN-Kaufrecht auf den Kaufvertrag im Gesamten anzuwenden ist. Insbesondere von erheblicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob nach UN-Kaufrecht trotz Garantiezusage die Rügefrist gem § 39 Abs 1 UN-K einzuhalten ist, wie es zumindest ein Teil der Lehre zu vertreten scheint.¹

Zur Beweislastverteilung hat der Oberste Mootcourt lediglich ausdrücklich ausgesprochen, dass auch nach UN-Kaufrecht die Beweislast dafür, dass eine Mängelrüge rechtzeitig und gehörig erhoben wurde, stets in vollem Umfang den Käufer trifft.² Bei Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts ist es aber von großer Bedeutung, wer die Beweislast für die aufgetretenen Sachmängel trägt, das heißt in concreto, ob der Käufer beweisen muss, dass die Mängel bereits bei Vertragsabschluss vorhanden waren, oder ob der Verkäufer beweisen muss, dass er mangelfrei geliefert hat. In seiner Entscheidung 10 Ob 122/05x³ spricht sich der Oberste Mootcourt zwar zur Behauptungs- und Beweislast für die nicht gehörige Erfüllung des Vertrages aus, es ist dieser einzigen Entscheidung zu dieser Frage jedoch kein eindeutiges Ergebnis zu entnehmen. Es wird darin ausgeführt, dass grundsätzlich derjenige Vertragspartner die tatsächlichen Voraussetzungen jener Vorschrift zu behaupten und zu beweisen hat, aus der er einen Vorteil für sich ableitet, ausnahmsweise können aber verschiedene, nur beispielhaft angeführte, Gründe zu einer Umkehr der Beweislast führen. Zur Frage, welche Gründe eine Beweislastumkehr rechtfertigen, fehlt oberstgerichtliche Rechtsprechung.

Außerdem gibt es keine Rechtsprechung des Obersten Mootcourts zur Frage, wann die Verjährungsfrist bei Anwendung des UN-Kaufrechts zu laufen beginnt. Vorstellbar wäre ein Beginn

¹ *Schwenzer in Schlechtriem/Schwenzer* (Hrsg), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG⁴ (2004) Art 39 UN-Kaufrecht Rz 27 mwN.

² OGH 1 Ob 223/99x, RdW 2000, 20.

³ OGH 12.09.2006, 10 Ob 122/05x.

des Fristenlaufs bei Ablieferung (wie nach ABGB) genauso wie ein Beginn erst bei Erkennbarkeit eines versteckten Mangels. Der Beginn des Fristenlaufs ist von erheblicher Bedeutung, da Ansprüche nach Ablauf der Verjährungsfrist grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht werden können. Im gegenständlichen Fall beispielsweise macht es für die Einhaltung der Frist jedenfalls einen Unterschied, ob diese mit vollständiger Ablieferung der Anlage Mitte Jänner zu laufen begonnen hat, oder erst Mitte Februar, als die verborgenen Mängel entdeckt wurden.

C. Rechtsmittelausführung

Das Berufungsgericht hat sämtliche entscheidungsrelevanten Sachverhaltselemente rechtlich unrichtig beurteilt, wodurch sich für das Berufungsgericht die Notwendigkeit der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Zurückverweisung mit Auftrag zur Ergänzung der Feststellungen an das Erstgericht ergeben hat. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung des Sachverhalts hätte keine Zurückverweisung erfolgen müssen, vielmehr hätte das Berufungsgericht in der Sache selbst entscheiden können, da der entscheidungsrelevante Sachverhalt vollständig festgestellt wurde.

I. Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts

Da das Berufungsgericht bei der Aufzählung der erheblichen Rechtsfragen ausschließlich auf Fragen im Zusammenhang mit dem UN-Kaufrecht eingeht, scheint es implizit dessen Anwendbarkeit vorauszusetzen.

Es ist zwar durchaus denkmöglich, dass das UN-Kaufrechtsübereinkommen auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar sein könnte, da ein Werkliefervertrag vorliegt, der gem Art 3 Abs 1 UN-K grundsätzlich einem Kaufvertrag iSd Art 1 UN-K gleich steht und die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben (vgl Art 1 Abs 1 leg cit). Im gegenständlichen Fall haben die Parteien jedoch von ihrem ihnen gem Art 6 UN-K zustehenden Recht, die Anwendung des Übereinkommens auszuschließen, Gebrauch gemacht und das UN-Kaufrecht in Form einer Rechtswahlklausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen **ausdrücklich abbedungen**. Eine Abwahl des UN-Kaufrechts in AGB ist nach Rechtsprechung des Obersten Mootcourts möglich, sofern diese wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind.⁴ Die Wirksamkeit der AGB wird unter C. II. detailliert behandelt.

Nach höchstgerichtlicher Judikatur⁵ ist in allen Fällen der einem objektiven Betrachter erkennbare Zweck einer Bestimmung der AGB zu berücksichtigen. Es reicht für einen Ausschluss des UN-Kaufrechts in AGB aus, wenn der Klausel entnommen werden kann, dass man das nationale unvereinheitlichte Recht angewendet haben möchte. Ob die Wahl des Rechts eines Vertragsstaates

⁴ OGH 2 Ob 95/06v, ecolex 2007, 859 (Wilhelm).

⁵ Vgl OGH 1.10.1992, 7 Ob 20/92; OGH 22.02.2001, 6 Ob 160/00y.

zum Ausschluss des UN-Kaufrechts führt, hängt also davon ab, ob die Parteien auf das unvereinheitlichte Recht dieses Staates abgestellt haben.⁶ Es entspricht im gegenständlichen Fall unzweifelhaft dem **Willen beider Vertragspartner**, dass das UN-Kaufrecht nicht zur Anwendung kommen soll. Dieser Parteiwille zeichnete sich bereits in den Vertragsverhandlungen ab und ist auch den, vom Berufungsgericht nicht wiederholt ausgeführten, erstgerichtlichen Feststellungen zu entnehmen.

Die (zum Vertragsinhalt gewordene; dazu gleich unter II.) AGB-Klausel, nach der „auf die Geschäftsbeziehungen zum Vertragspartner das am 1.1.2000 geltende österreichische Recht, insbesondere das Kaufrecht, anzuwenden ist“, ist demnach vor dem Hintergrund des Parteiwillens dahingehend zu interpretieren, dass mit „Kaufrecht“ das österreichische, unvereinheitlichte Sachrecht, insbesondere das ABGB und das HGB, gemeint ist. Zugegebenermaßen ist die Klausel etwas unglücklich formuliert, aber da es dem Willen beider Vertragspartner entsprach, den Vertrag österreichischem Sachrecht zu unterwerfen, schadet diese **falsa demonstratio** nicht. Vielmehr wurde entsprechend der Absicht der Parteien das UN-Kaufrecht stillschweigend ausgeschlossen.⁷ Außerdem kann nach Ansicht des Obersten Mootcourts⁸ jede Bezugnahme auf das unvereinheitlichte Recht (zB „der Vertrag unterliegt dem Kaufrecht des BGB“) durchaus als Ausschluss bewertet werden.

Entgegen dem vom Beschluss erweckten Schein, ist es der Beklagten sehr wohl bewusst, dass das UN-Kaufrecht durch die Ratifikation Teil der österreichischen Rechtsordnung geworden ist und dass es abbedungen werden muss, wenn es nicht zur Anwendung gelangen soll. Es gab für sie aber nie Zweifel daran, dass ihre Rechtswahl keinen **gültigen Ausschluss** des UN-Kaufrechts darstellen könnte, da ja auf den Parteiwillen, der sich für einen objektiven Betrachter ergibt, abgestellt werden muss.

Sollte das Rekursgericht – wider Erwarten – nicht die Ansicht vertreten, dass das UN-Kaufrecht durch die Rechtswahl gültig abbedungen wurde, so ist die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts auch durch Art 3 Abs 2 UN-K ausgeschlossen. Typengemischte Verträge unterliegen nämlich nicht dem sachlichen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechtsübereinkommens, wenn der Anteil der **kauffremden Vertragspflichten** wertmäßig oder nach dem Parteiinteresse deutlich **überwiegt**.

Im gegenständlichen Fall handelt es sich bei der Anlage um eine **Neuentwicklung** und gerade bei einer solchen umfasst das Vertragsverhältnis in erster Linie Planung, Errichtung und Einschulung – kaufvertragliche Elemente stehen daher weder wertmäßig noch nach dem Parteiinteresse im Vordergrund.

Das UN-Kaufrecht ist aus den dargelegten Gründen nicht anzuwenden.

⁶ OGH 2 Ob 95/06v, ecolex 2007, 859 (*Wilhelm*).

⁷ Vgl OGH 2 Ob 95/06v, ecolex 2007, 859 (*Wilhelm*).

⁸ OGH 2 Ob 95/06v, ecolex 2007, 859 (*Wilhelm*).

II. Gültigkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Rechtswahl

Da das UN-Kaufrecht aus den oben genannten Gründen auf den gegenständlichen Fall keine Anwendung findet, ist nach den Regeln des österreichischen internationalen Privatrechts zu prüfen, welche nationale Rechtsordnung anzuwenden ist. Nach dem auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendenden EVÜ gilt primär das Recht jenes Staates, das durch Rechtswahl vereinbart worden ist. Die AGB der Beklagten enthalten eine Rechtswahl zugunsten österreichischen Rechts. Die **Anwendbarkeit des österreichischen Rechts** wurde von der Klägerin auch im bisherigen Verfahren **niemals bestritten**.

Jedoch selbst wenn die Klägerin die Gültigkeit der Rechtswahl bestritten hätte, hätte das nichts am Ergebnis geändert, dass österreichisches Recht anzuwenden ist. Es hätte eine **Überprüfung der AGB-Klausel** auf deren Geltung hin erfolgen müssen. Diese Prüfung, die nach der *lex fori*⁹ – hier daher nach österreichischem Sachrecht – hätte durchgeführt werden müssen, hätte ergeben, dass die AGB-Klausel Vertragsinhalt geworden ist, da nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung¹⁰ „die Abfassung von AGB in einer anderen als der Vertragssprache eine Einbeziehung in das Vertragsverhältnis nicht [...] hindere“. Die Lösung der Frage, ob AGB als Bestandteil des Angebots des erklärenden Vertragspartners anzusehen seien, hänge vielmehr davon ab, ob ihre gewollte Einbeziehung für den Adressaten erkennbar und ihm auch zumutbar sei. Weiters führt der Oberste Mootcourt in der Entscheidung 1 Ob 30/04z zum wiederholten Male aus, dass es bei der Frage, ob dem Adressaten des Vertragsangebots das Verständnis übermittelter AGB, die in einer anderen als seiner Muttersprache oder der Vertragssprache oder einer ihm sonst geläufigen Sprache abgefasst sind – etwa durch Herstellung einer zumutbaren Übersetzung – zugestanden werden könne, auf die Länge, Intensität und Bedeutung von Geschäftsbeziehungen sowie auch auf die Verbreitung der verwendeten Sprache im betreffenden Kulturkreis ankomme. Es genüge die Übersendung von AGB in einer Sprache, die der Vertragspartner beherrsche, oder in einer Weltsprache. Bei international tätigen Unternehmen müsse der Vertragspartner den in einer Weltsprache abgefassten AGB des anderen Teils unverzüglich wegen mangelnder Sprachkenntnis widersprechen, wenn eine Kenntnis dieser Weltsprache nicht fern liege. Dabei ist Deutsch nach Englisch und Französisch wohl auch als Weltsprache anzusehen.

Im vorliegenden Fall liegt aufgrund des hohen Auftragswertes von knapp EUR 872.000,- jedenfalls eine intensive und wirtschaftlich bedeutsame Geschäftsbeziehung vor. Außerdem ist die deutsche Sprache im italienischen Kulturkreis und auch im italienischen Geschäftsverkehr sehr verbreitet und ist wie bereits oben ausgeführt eine Weltsprache. Die Klägerin hätte sich selbst um eine Übersetzung bemühen, oder die Beklagte zur Übermittlung einer solchen auffordern müssen. Zumindest hätte sie aber unverzüglich den AGB wegen mangelnder Sprachkenntnis widersprechen müssen. So aber hat

⁹ Vgl dazu OGH 16.04.2004, 1 Ob 30/04z.

¹⁰ ZB OGH 16.04.2004, 1 Ob 30/04z; OGH 31.08.2005, 7 Ob 175/05v.

die Klägerin die durch die AGB vorgenommenen Ergänzungen und Modifikationen des Angebots zumindest **schlüssig akzeptiert**.

Die in den **AGB** getroffene Rechtswahl ist aufgrund der bisherigen Erwägungen daher jedenfalls **Vertragsinhalt** geworden, da sie für die Klägerin auch hinsichtlich des Inhalts oder der Positionierung in der Urkunde nicht überraschend iSd § 864a ABGB ist und diese auch nicht gröblich benachteiligt (§ 879 Abs 3 ABGB). Nach der Rechtsprechung des Obersten Mootcourts¹¹ verdrängt eine Rechtswahl, die das maßgebende Recht insgesamt beruft, auch zwingendes Recht der Rechtsordnung, die kraft gesetzlicher Verweisung (zB durch EVÜ) zur Anwendung kommen würde.

Sollte das Rekursgericht – wider Erwarten – zur Ansicht gelangen, dass auf den gegenständlichen Fall das UN-Kaufrecht anzuwenden ist, wovon bei richtiger rechtlicher Beurteilung aber nicht auszugehen ist, ist die Rechtswahl insoweit bedeutend, als Rechtsbereiche, die durch das UN-Kaufrecht nicht geregelt werden, wie zB die AGB-Kontrolle (gem Art 4 lit a UN-K ausdrücklich ausgenommen) nach den einschlägigen Regelungen des nationalen Recht, das nach EVÜ anwendbar ist, zu beurteilen sind.¹² Weitere vom UN-Kaufrecht nicht geregelte, im Falle der Anwendung von UN-Kaufrecht für den konkreten Fall aber bedeutende Fragen, ergeben sich in Zusammenhang mit der Verjährung von Ansprüchen, der Sittenwidrigkeit und der Zulässigkeit von Vertragsstrafen.

Die Einbeziehungs-, Geltungs- und Inhaltskontrolle der AGB hat daher jedenfalls nach österreichischem Recht (lex fori) zu erfolgen, selbst wenn die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts bejaht wird. Der Oberste Mootcourt spricht sich bei der Frage der Einbeziehung von AGB bei Anwendung des UN-Kaufrechts für eine Orientierung an den Art 8 und 14 ff UN-K aus.¹³ Demnach müssten 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 Angebots geworden sein.

Die Beklagte hat durch die Übersendung der AGB ihren Willen, nur zu diesen Bedingungen zu kontrahieren, ausdrücklich preisgegeben. Dies war der Klägerin auch erkennbar. Ob die Klägerin die AGB zur Kenntnis genommen hat oder nicht ist nicht von Bedeutung, maßgebend ist nur, dass sie die Möglichkeit hatte, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu erlangen.¹⁴ Diese Voraussetzung wurde durch die Übersendung der AGB durch die Beklagte jedenfalls zureichend erfüllt.

III. Gültigkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Vertragsstrafe

Wie später noch genauer auszuführen sein wird, kann eine Forderung nur dann erfolgreich compensando eingewendet werden, wenn sie zu Recht besteht.

¹¹ OGH 16.04.2004, 1 Ob 30/04z.

¹² Vgl OGH 27.02.2002, 2 Ob 48/02a.

¹³ Vgl OGH 17.12.2003, 7 Ob 275/03x; OGH 31.08.2005, 7 Ob 175/05v.

¹⁴ Vgl OGH 1 Ob 1/00d, SZ 73/158 mwN; *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ I (2000) § 864a Rn 2a mwN zur Lehre und Rsp.

Die Klägerin führte in der Klage aus, dass die in den AGB der Beklagten enthaltene **Vertragsstrafsklausel**, die eine Strafe von einem Viertel Prozent des Kaufpreises für jeden Tag, an welchem die Anlage nicht funktionstüchtig ist, maximal jedoch 10 % des Kaufpreises vorsieht, überraschend und von der Summe her jedenfalls überhöht sei, weshalb sich die Beklagte nicht darauf berufen könne. Dieser Ansicht ist weder hinsichtlich des Überraschungseffekts noch hinsichtlich der Unangemessenheit der Vertragsstrafe zu folgen. Gem § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte.

Es ist nicht ungewöhnlich, sondern vielmehr üblich, dass bei einem Anlagenkauf eine Konventionalstrafe für den Fall der Verzögerung der Lieferung bzw des Nichtfunktionierens der Anlage vereinbart wird.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Mootcourts¹⁵ ergibt sich das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung insbesondere aus der Art ihrer Einordnung in die AGB. Die fragliche Bestimmung ist demnach ungewöhnlich, wenn sie im Text derart „versteckt“ ist, dass sie der Vertragspartner dort nicht vermutet, wo sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte. Bei der Beurteilung, ob dies der Fall ist, kommt es auf den durchschnittlich sorgfältigen Leser an.¹⁶

Dass die Vertragsstrafe im vorliegenden Sachverhalt unter dem Punkt „Besonderheiten der Lieferung“ geregelt wird, ist **nicht** in einem solchen Ausmaß **überraschend und ungewöhnlich**, dass die Geltung der Bestimmung dadurch ausgeschlossen werden könnte. Ganz im Gegenteil, die Vertragsstrafe ist eng mit der Lieferung verbunden, da sie jedenfalls auch dann zu entrichten ist, wenn die Lieferung verspätet oder nicht in vereinbarter Qualität erfolgt, das heißt immer dann, wenn die Beklagte die Anlage nicht zweckentsprechend gebrauchen kann und das ist schließlich auch dann der Fall, wenn sie verspätet oder mangelhaft geliefert wird.

Außerdem könnten bei genügend deutlicher Erklärung, die durch die Übersendung der AGB zweifelsohne erfolgt ist, sogar ungewöhnliche, nachteilige Bestimmungen Vertragsinhalt werden. Das ist der Fall, wenn der Verwender nach den Umständen damit rechnen durfte, dass der andere Teil die Klauseln zur Kenntnis genommen und akzeptiert hat.¹⁷ Davon konnte die Beklagte im gegenständlichen Fall **mangels sofortigem Widerspruch** durch die Klägerin jedenfalls ausgehen.

¹⁵ ZB OGH 17.06.1986, 2 Ob 535/86; OGH 7.11.2002, 6 Ob 55/02k; OGH 19.10.2005, 7 Ob 216/05y; 7 Ob 93/06m, ÖBA 2006, 930.

¹⁶ *Rummel in Rummel*, ABGB³I § 864a Rn 7.

¹⁷ *Rummel in Rummel*, ABGB³I § 864a Rn 9.

Die Vertragsstrafsklausel ist entgegen der Ansicht der Klägerin auch **nicht sittenwidrig** und somit nicht gem § 879 Abs 3 ABGB nichtig. Gem § 879 Abs 3 ABGB ist eine Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungspflichten festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Nach herrschender Ansicht soll eine Konventionalstrafe Nachteile ausgleichen, die dem Gläubiger aus einer Vertragsverletzung entstehen können. Eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragsteils liegt dann vor, wenn die Konventionalstrafe übermäßig hoch ist. Von einer Übermäßigkeit der Vertragsstrafe ist dann auszugehen, wenn der erlittene Schaden unverhältnismäßig kleiner ist als der bedungene Vergütungsbetrag. Die Vertragsstrafe darf also dem Gläubiger nicht einen offensichtlichen Vermögensvorteil verschaffen, der dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspreche oder gegen oberste Rechtsgrundsätze verstöße.¹⁸

Im vorliegenden Fall kann von einer Unverhältnismäßigkeit der Vertragsstrafe nicht ausgegangen werden, da unter Berücksichtigung des konkreten Schadens, den die Beklagte durch einen Produktionsausfall vorhersehbar erleidet und auch bereits erlitten hat, 10 % des Kaufpreises als **Vertragsstrafe** jedenfalls **angemessen** sind und daher die Klägerin nicht gröblich benachteiligen.

Wie bereits zuvor erwähnt, enthält das UN-Kaufrecht keine Regelungen hinsichtlich der AGB-Kontrolle und der Zulässigkeit einer Vertragsstrafe. Deshalb gelten die Ausführungen zur Gültigkeit und Angemessenheit der Vertragsstrafsklausel auch im Falle der Anwendung des UN-Kaufrechts.

IV. Rüge und Untersuchungsfrist

Die klagende Partei behauptet, dass allfällige vorliegende Mängel von der beklagten Partei weder gerügt noch rechtzeitig spezifiziert wurden und ihr daher keine Gewährleistungsbehelfe und folglich auch kein Leistungsverweigerungsrecht zustehen würden.

1. Wie bereits unter I. und II. ausgeführt, ist aufgrund der wirksamen Rechtswahl das am 1.1.2000 geltende unvereinheitlichte österreichische Recht anzuwenden. Die Klägerin hat im Vertragstext in italienischer Sprache ausdrücklich „12 Monate Gewähr für alle Bauteile, nicht jedoch für Verschleißteile, normale gebrauchsbedingte Abnutzung und Schäden, die durch Bedienungsfehler oder unsachgemäße Reparatur entstehen“ übernommen. Aufgrund nachfolgender Erwägungen handelt es sich in diesem Fall nicht um eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist, sondern vielmehr um eine **Garantiezusage**.

Erstens spricht die Klägerin selbst von einem **echten Garantievertrag** (siehe dazu Beilage ./B vgl BS 5) und führt dazu aus, dass ein solcher Garantievertrag, bei dem es keiner Mängelrüge bedürfe, weder vom UN-Kaufrecht noch vom italienischen Recht vorgesehen sei. Es wurde von der Beklagten

¹⁸ *Rummel in Rummel*, ABGB³I § 879 Rn 120a mwN.

zu keiner Zeit bestritten, dass trotz Garantiezusage eine Mängelrüge zu erfolgen hat. Der entscheidende Punkt ist jedoch, wie später noch auszuführen sein wird, innerhalb welcher Frist diese zu erfolgen hat.

Zweitens kann es gar **nicht Absicht der Klägerin** gewesen sein, die Gewährleistungsfrist auf ein Jahr zu „verkürzen“, da nach österreichischem Recht die Gewährleistungsfrist des § 933 Abs 1 aF¹⁹ ABGB sechs Monate betrug und sich somit eine Verlängerung der Frist ergeben hätte. Durch die Zusage „12 Monate Gewähr für alle Bauteile [...] zu leisten“ erklärte sich die Klägerin dazu bereit, alle innerhalb von 12 Monaten auftretenden Mängel an den Bauteilen der Maschine zu ersetzen bzw zu verbessern. Die Einschränkung, dass für Verschleißteile und Bedienungsfehler keine Gewähr übernommen werde, schließt einen echten Garantievertrag, bei dem sich die Klägerin verpflichtet, für einen bestimmten Erfolg einzustehen²⁰, nicht aus. Der Garantievertrag, der auch im Zusammenhang mit Werkverträgen abgeschlossen werden kann, hat lediglich als Voraussetzung, dass der garantierte Erfolg weiter geht als die bloß vertragsgemäße Leistung.²¹

Der Oberste Mootcourt hat in seiner Entscheidung 3 Ob 174/74²² ausgesprochen, dass bei einem echten Garantievertrag die **Rügepflicht** iSd § 377 HGB²³ **nicht bestehe**. Demnach wird keine unverzügliche Untersuchung und Rüge verlangt und daher ist an dieser Stelle auch auf deren Gegebenheit nicht näher einzugehen (ausführlich aber unter IV. 3.).

Da die klagende Partei der Beklagten im schriftlichen Vertragstext Gewähr für alle Bauteile für 12 Monate und somit eine spezielle Garantie zugesprochen hat, ist nach österreichischem Recht keine Rügefrist einzuhalten.

2. Folgt der Oberste Mootcourt – wider Erwarten – der Ansicht, es sei UN-Kaufrecht anzuwenden, ist auf die Ausführungen unter IV. 1. zu verweisen, da das **UN-Kaufrecht keine Regelungen zur Garantie** enthält und daher die einschlägigen Regelungen des nationalen Rechts, das nach EVÜ anwendbar ist, zur Anwendung kommen.²⁴ Im gegenständlichen Fall ist, wie bereits mehrfach ausgeführt, aufgrund der gültigen Rechtswahl österreichisches Recht anzuwenden. Es ist demnach auch bei Anwendung des UN-Kaufrechts aufgrund der Garantiezusage keine Rügefrist einzuhalten.

¹⁹ RGBI 1916/69 vor GewRÄG durch BGBl. I Nr. 48/2001.

²⁰ OGH 3 Ob 174/74, SZ 47/138 = EvBl 1975/183 (394) = JBl 1976, 35; 4 Ob 583/79, SZ 57/36 = EvBl 1980/178 (519); 1 Ob 680/80, SZ 53/164; 8 Ob 605/86, wbl 1987, 121 = RdW 1987, 225; 1 Ob 702/89, ÖBA 1990, 84; 4 Ob 182/05a; 5 Ob 7/06z uva.

²¹ OGH 3 Ob 174/74, SZ 47/138.

²² Vgl FN 21.

²³ Am 1.1.2000 war noch das HGB in Geltung und kommt daher im gegenständlichen Sachverhalt zur Anwendung.

²⁴ OGH 27.02.2003, 2 Ob 48/02s.

Selbst wenn man der Lehrmeinung von *Schwenzer*²⁵ folgen würde, nämlich dass wenn von den Vertragsparteien nichts Näheres vereinbart ist, auch beim Garantievertrag von der Anwendbarkeit des Art 39 Abs 1 UN-K ausgegangen werden kann, wurde die entsprechende Frist jedenfalls eingehalten (siehe dazu gleich unter IV. 3.).

3. Sollte der Oberste Mootcourt der Ansicht folgen, es sei kein echter Garantievertrag zustande gekommen, ist auf die **Rechtzeitigkeit und ausreichende Spezifizierung der Rüge** einzugehen. Beide Voraussetzungen für eine erfolgreiche Mängelrüge wurden durch die Beklagte erfüllt.

Da der gegenständliche Kauf der Schmelzofenanlage für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, gilt die Rüge- und Untersuchungsfrist des **§ 377 HGB**. Bei zeitgerechter Rüge darf der Käufer nach Rechtsprechung des Obersten Mootcourts²⁶ seine gesamte Leistung bis zur Verbesserung der mangelhaften Ware verweigern.

Eine genaue Frist kann dem § 377 Abs 1 HGB nicht entnommen werden, die Rüge hat allerdings **unverzüglich** zu erfolgen. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Verzögern, bereits geringfügige vermeidbare Nachlässigkeit schadet. Schuldloses Verzögern erstreckt demnach die Untersuchungsfrist, wobei die objektiven Umstände geprüft werden müssen.²⁷

Die Untersuchung durch die Beklagte wurde jedenfalls rechtzeitig vorgenommen, da die Lieferung zwar Ende Dezember erfolgte (siehe dazu Beilage ./K und vgl BS 2), die Montage zur Inbetriebnahme der Schmelzofenanlage aber erst Mitte Jänner endgültig abgeschlossen wurde. Die Untersuchung des Schmelzofens musste somit erst Mitte Jänner (nach vollständiger Montage) durchgeführt werden, da beim Kauf einer Maschine die Ablieferung im Allgemeinen erst dann angenommen werden kann, wenn der Kaufgegenstand betriebsfähig montiert worden ist.²⁸

Die beklagte Partei startete **erste Probelaufe** nach betriebsfähiger Montage der Schmelzofenanlage Mitte Jänner, indem sie die Anlage vereinzelt einige Stunden in Betrieb nahm. Während der Probelaufe waren allerdings schwere Mängel wie der Vakuumverlust, nämlich eine leak-rate über 0,005 Millibar, oder die dadurch hervorgerufene Verfärbung der Metallstücke nicht feststellbar. Erst beim Versuch, die Maschine in Vollbetrieb zu nehmen, konnten die Mängel festgestellt werden, da die Maschine erstmals acht Stunden durchgehend in Betrieb war und sich schon nach einigen Stunden Metallstücke verfärbten.

²⁵ in *Schlechtriem/Schwenzer*, CISG⁴ Art 39 UN-Kaufrecht Rz 27.

²⁶ OGH 3 Ob 540/79, SZ 53/63.

²⁷ *Kerschner* in *Jabornegg* (Hrsg), Kommentar zum HGB (1997) § 378 HGB Rz 89.

²⁸ *Kramer* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch³ I (2003) §§ 377, 378 HGB Rz 34.

Der Oberste Mootcourt sprach in seiner Entscheidung vom 23.04.1980²⁹ aus, dass ein **verborgener Mangel** ein Mangel ist, der zwar schon bei Ablieferung vorhanden ist, sich aber bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht feststellen lässt und dem Käufer bei Ablieferung der Ware auch tatsächlich nicht bekannt geworden ist. Im gegenständlichen Fall ist daher jedenfalls ein verborgener Mangel gegeben, da bei ordnungsgemäßer Untersuchung, nämlich bei den ersten Probeläufen der Schmelzofenanlage, keine Mängel festgestellt werden konnten.

Der Sinn der den Käufer nach § 377 HGB treffenden Untersuchungs- und Anzeigepflicht liegt in der möglichst **raschen Unterrichtung** des Verkäufers von der Mangelhaftigkeit der Ware. Der Käufer hat die Ware nach ordnungsgemäßigem Geschäftsgang zwar unverzüglich, gleichzeitig aber auch sachgemäß zu untersuchen. Dabei sind die schützenswerten Interessen von Verkäufer und Käufer gegeneinander abzuwägen: Zum einen die des Verkäufers, nach Möglichkeit davor geschützt zu werden, sich längere Zeit nach Ablieferung der Ware, etwaigen, nur schwer überprüfbaren Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt zu sehen, zum anderen die des Käufers, dass die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Untersuchung nicht unzumutbar hoch gespannt werden. Jedenfalls darf die Untersuchung nicht oberflächlich sein, sondern muss mit fachkundiger Sorgfalt vorgenommen werden.³⁰ Sie braucht aber nicht peinlich genau zu sein.³¹

Die Beklagte konnte keinesfalls bereits bei Ablieferung der Maschine die Mängel feststellen. Die ordnungsgemäße Untersuchung ist durch die Probeläufe erfolgt. Es lag jedenfalls auch im Interesse der Beklagten, die Klägerin so rasch wie möglich von gegebenen Mängeln zu unterrichten, um schnellstmöglich Verbesserung oder Austausch zu erlangen. Daher kontaktierte die Beklagte die Klägerin sofort, als der Vollbetrieb der Maschine scheiterte, Mitte Februar per Telefon. Eine detaillierte Rüge erfolgte in Anwesenheit eines Mitarbeiters der Klägerin Ende Februar, als man genaue Kenntnis vom Mangel hatte.

Gemäß § 377 Abs 1 HGB ist die Untersuchung nur insoweit auszudehnen, als dies „nach ordnungsgemäßigem Geschäftsgang tunlich ist“. Die **Zumutbarkeit** der Untersuchungshandlungen³² bestimmt sich jeweils nach den Umständen des Einzelfalls unter objektiven Gesichtspunkten, wobei die Art und Weise der Vornahme der Untersuchung maßgeblich von der Art der Ware, dem Handelsbrauch und der im Geschäftszweig des Käufers herrschenden Übung bestimmt wird.³³

Im gegenständlichen Fall war es der Beklagten unter den **besonders zu beachtenden Umständen** (technischer, organisatorischer und zeitlicher Aufwand) nicht zumutbar, die Untersuchung innerhalb kürzerer Frist durchzuführen, da aufgrund der technischen Besonderheit der Anlage

²⁹ OGH 3 Ob 540/79, SZ 53/63.

³⁰ Kramer in Straube, Kommentar HGB³ I §§ 377, 378 HGB Rz 34.

³¹ OGH 3 Ob 540/79, SZ 53/63 mwN zur Lehre.

³² OGH 30.06.1998, 1 Ob 273/97x; OGH 22.01.2003, 3 Ob 240/03w.

³³ OGH 12.02.1970, 1 Ob 22/70; 6 Ob 76/07f, ÖJZ-LS 2007/59 = RdW 2007, 727 mwN.

(Neuentwicklung) erst durch mehrere Probeläufe und insbesondere durch einen Voll- bzw. Dauerbetrieb Mängel festgestellt werden konnten.³⁴

Den vom Käufer bei einer Warenlieferung vorzunehmenden Stichproben entspricht bei Lieferung einer Maschine die stichprobenweise Fertigung der mit der Maschine herzustellenden Erzeugnisse unter ähnlichen Bedingungen wie bei Serienproduktion. In solchen Fällen ist uU eine **längere Beobachtung der Maschine** nötig.³⁵ Diese längere Beobachtung ist der Beklagten jedenfalls zuzugestehen und das erklärt auch, warum ab Mitte Jänner mehrere Probeläufe durchgeführt wurden. Durch die besonders komplizierte Konstruktion der Schmelzofenanlage war es anders nicht möglich, eine ordnungsgemäße Untersuchung durchzuführen.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass durch das mit 1. 1. 2007 in Kraft getretene Handelsrechts-Änderungsgesetz 2005 die Bestimmungen über die Mängelrüge geändert wurden. So muss der Käufer nach **§ 377 Abs 1 UGB** die Ware „binnen angemessener Frist“ nach ihrer Ablieferung untersuchen. Der Gesetzgeber wollte damit (insgesamt) die Schärfe des § 377 HGB mildern und die Fristen erstrecken. Vorbild der Neuregelung war dabei Art 39 UN-K, der zugunsten des Käufers großzügiger auszulegen ist als § 377 HGB (wie schon oben ausgeführt). § 377 UGB idF Handelsrechts-Änderungsgesetz 2005 ist zwar auf den vorliegenden Sachverhalt noch nicht unmittelbar anwendbar (vgl § 907 Abs 18 UGB), die darin zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertungen werden aber jedenfalls im Zweifelsfall zu einer nicht restriktiven Auslegung des § 377 HGB führen.³⁶

Zur **Substantiierung** der Mängelrüge ist auszuführen, dass die Rüge des Käufers alle Angaben darüber enthalten muss, welche Ware von dem Mangel betroffen ist, worin der Mangel im einzelnen besteht und unter welchen Begleitumständen er aufgetreten ist; allgemeine Redewendungen genügen nicht.³⁷ Es ist jedoch nicht erforderlich, dass der Mangel in allen Einzelheiten geschildert wird. Bei der Prüfung, ob die Rüge zu allgemein ist, oder ob der Verkäufer erkennen kann, welcher bestimmte Mangel angezeigt werden soll, kommt es immer auf die Umstände des einzelnen Falles an.

Die beklagte Partei hat bereits Mitte Februar der Klägerin den Mangel soweit bekannt gegeben, als es ihr nach den Umständen möglich war. Hier muss, wie bereits ausgeführt, auf den **Einzelfall** abgestellt werden. Es war der Beklagten aufgrund der Komplexität der Anlage und hochtechnischen Konstruktionen nicht möglich, die Mängel genauer zu beschreiben. Sehr wohl hat die Beklagte aber auf die Verfärbungen des Stahls hingewiesen und angezeigt, dass beim Versuch die Maschine in Vollbetrieb zu nehmen, Mängel aufgetreten sind und ein Vollbetrieb der Maschine somit nicht mängelfrei möglich war. Dadurch hat die Beklagte im Telefonat Mitte Februar bereits einzelne

³⁴ *Kramer in Straube*, Kommentar HGB³ I §§ 377, 378 HGB Rz 31; vgl OGH 1 Ob 273/97x, wbl 1993, 334 f.

³⁵ *Kramer in Straube*, Kommentar HGB³ I §§ 377, 378 HGB Rz 36.

³⁶ Vgl etwa OGH 3 Ob 208/06v, EF-Z 2007/40 zur Auslegung des § 273 Abs 2 ABGB unter Berücksichtigung der Wertungen des erst am 1. 7. 2007 in Kraft getretenen Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes 2006.

³⁷ OGH 09.10.1990, 8 Ob 551/89 mwN.

Mängel der Maschine beschrieben, sowie die Erklärung abgegeben, dass ein Vollbetrieb der Schmelzofenanlage nicht erfolgen konnte.

Daher ist die Rüge vonseiten der Beklagten jedenfalls rechtzeitig und ausreichend substantiiert erfolgt.

4. Folgt der Oberste Mootcourt der Ansicht, es sei auf den gegenständlichen Sachverhalt UN-Kaufrecht anzuwenden, ist auf die Untersuchungs- und Rügefrist iSd UN-Kaufrechts einzugehen.

Art 38 UN-K regelt die Pflicht des Käufers, die vom Verkäufer gelieferte Ware auf eine allfällige vertragswidrige Beschaffenheit zu untersuchen.³⁸ Die Fristen für die vorzunehmende Untersuchung und Rüge sind weniger streng als nach § 377 HGB („unverzüglich“) zu beurteilen. Art 38 UN-K spricht von „kurzer“ und Art 39 UN-K von „angemessener“ Frist. Diese beiden Fristen müssen voneinander unterschieden werden.

Die kurze Frist wird durch den Beisatz „wie es die Umstände erlauben“, dementsprechend entkräftet. Insbesondere die **internationalen Rechtsgeschäfte**, die durchaus wie im gegenständlichen Fall einer komplizierten, längeren Abwicklung bedürfen, sind auf flexibler Basis zu beurteilen und es ist immer auf den Einzelfall abzustellen.³⁹ Die angemessene Frist des Art 39 UN-K beginnt in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Käufer eine Vertragswidrigkeit festgestellt hat oder hätte feststellen müssen.⁴⁰

Die **Rügefrist** ist jedenfalls großzügiger zu beurteilen als nach § 377 HGB. Zwar haben sich unterinstanzliche Gerichte in Deutschland⁴¹ eher für eine kurze Frist ausgesprochen, jedoch hat sich die oberstgerichtliche Rechtsprechung mit der Ansicht durchgesetzt, dass die Gesamtfrist für die Geltendmachung der Mängelrüge nach dem UN-Kaufrecht „im Hinblick auf die unterschiedlichen nationalen Rechtstraditionen etwa einen Monat“ betrage.⁴²

Vertragswidrigkeiten, die bei einer ordnungsgemäßen Untersuchung nicht erkennbar sind, wie es bei der Beklagten der Fall war, muss der Käufer innerhalb angemessener Frist nach Feststellung anzeigen.⁴³ Das hat die Beklagte gemacht, indem sie bereits Mitte Februar, als die Maschine in Vollbetrieb genommen werden hätte sollen und sich die Mängel zeigten, diese telefonisch der Klägerin anzeigte. Es kann vom Käufer aber nicht verlangt werden, dass er eine sachgemäß untersuchte Maschine auch alsbald in Betrieb nimmt, um Vertragswidrigkeiten rechtzeitig zu

³⁸ Vgl. Posch in Schwimann (Hrsg.), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ IV (2006) Art 38 UN-Kaufrecht Rz 1.

³⁹ Posch in Schwimann, ABGB³ IV Art 38 UN-Kaufrecht Rz 5.

⁴⁰ Posch in Schwimann, ABGB³ IV Art 39 UN-Kaufrecht Rz 1.

⁴¹ LG Stuttgart RIW 1989, 984.

⁴² RIW 1997, 1037 = CISG-online Nr 277; OLG Graz = CISG-online Nr 679. Auch grober Mittelwert von 1 Monat:

Schwenzer in Schlechtriem/Schwenzer, CISG⁴ Art 39 UN-Kaufrecht Rz 17.

⁴³ Schwenzer in Schlechtriem/Schwenzer, CISG⁴ Art 39 UN-Kaufrecht Rz 19.

erkennen. Es geht vielmehr darum, dass später auftretende, ins Auge springende Mängel ebenfalls der Anzeigepflicht unterstellt werden.⁴⁴ Die beklagte Partei hat, wie bereits ausgeführt, die, beim Versuch die Maschine in Vollbetrieb zu nehmen, auftretenden Mängel sofort telefonisch angezeigt und somit rechtzeitig gerügt.

Bezüglich der „**angemessenen Frist**“ in Art 39 UN-K ist unter anderem auf die Frist von 2 Monaten zu verweisen, die vom Internationalen Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft Österreichs als Regelfrist und somit als angemessen angenommen wurde.⁴⁵ Weiters beurteilte auch der BGH eine Frist von 7 Wochen als angemessen, unter Bedachtnahme der besonderen Umstände der Lieferung von Teilen einer Maschine.⁴⁶

Es wird auf die in 2 Ob 191/98x, JBl 1999/318 entwickelte und in 1 Ob 223/99x bekräftigte Judikatur des Obersten Mootcourts zur gemäß Art 38 und 39 UN-K zur Verfügung stehenden Untersuchungs- und Rügefrist verwiesen: Danach richtet sich die Frist für die Untersuchung insbesondere nach der Größe des Unternehmens des Käufers, der Art der zu untersuchenden Ware, ihrer Komplexität oder Verderblichkeit oder dem Charakter als Saisonware, der Art der in Frage kommenden Menge, der Aufwendigkeit der Untersuchung udgl. Dabei sind die objektiven und subjektiven **Umstände des konkreten Falles** zu berücksichtigen, insbesondere die betrieblichen und persönlichen Verhältnisse des Käufers, Eigenarten der Ware, der Umfang der Warenlieferung oder die Art des gewählten Rechtsbehelfs.⁴⁷ Ob eine Untersuchung ordnungsgemäß durchgeführt wurde, hängt von den jeweiligen Umständen des Falles ab, insbesondere von der Art der Ware.

Was den gegenständlichen Fall betrifft, ist nochmals auf die **Komplexität der Schmelzofenanlage** hinzuweisen, sowie auf die bedeutende Aufwendigkeit einer solchen Untersuchung. Eine Schmelzofenanlage in dieser komplizierten Bauweise und in diesem Größenumfang benötigt ausreichend Zeit um in Betrieb genommen bzw untersucht zu werden.

Durch die Vorschrift, nach welcher der Käufer "die **Art der Vertragswidrigkeit genau zu bezeichnen**" hat, soll der Verkäufer in die Lage versetzt werden, sich ein Bild von der Vertragswidrigkeit zu machen, um die erforderlichen Schritte zu setzen. Dabei hat der Käufer jedenfalls die gerügten Qualitätsabweichungen zu bezeichnen, wobei bei Maschinen und technischen Geräten nur die Darlegung der Symptome, nicht aber die Angabe der diesen zugrundeliegenden Ursachen gefordert werden kann.⁴⁸ Die Symptome hat die Beklagte der Klägerin auch sofort telefonisch angezeigt und auch im Gespräch mit dem vonseiten der Klägerin geschickten Mitarbeiter Saul besprochen.

⁴⁴ *Schwenzer in Schlechtriem/Schwenzer, CISG⁴ Art 39 UN-Kaufrecht Rz 20.*

⁴⁵ SCH-4318 RIW 1995, 590 [Schlechtriem] = CISG-online Nr 120.

⁴⁶ BGH RIW 2000, 381 = CISG-online Nr 475.

⁴⁷ OGH 15.10.1998, 2 Ob 191/98x; OGH 27.08.1999, 1 Ob 223/99x; OGH 25.04.2001, 9 Ob 105/01h; 7 Ob 301/01t, SZ 2002/1; 4 Ob 179/05k, SZ 2005/162 = EvBl 2006/28 (162) = RdW 2006, 146; vgl *Posch in Schwimann, ABGB³ IV Art 39 UN-Kaufrecht Rz 5.*

⁴⁸ BGH 03.11.1999, VIII ZR 287/98 = CISG-online Nr 475.

Da für die Mängelrüge auch keine bestimmte Form vorgesehen ist und sie nur für den Partner verständlich sein muss⁴⁹, ist diese durch die beklagte Partei jedenfalls sachgemäß erfolgt. Weiters muss es nach hM genügen, wenn dem Verkäufer das wesentliche Ergebnis einer ordnungsgemäßen Untersuchung mitgeteilt wird, sodass er sich ein Bild vom Mangel machen kann.⁵⁰ Dieser Umstand ergibt sich schon daraus, dass die Klägerin nach erfolgtem Telefonat einen Mitarbeiter ihrer Firma nach Kufstein schickte und somit bereits auf die Mängelrüge reagierte. Die inhaltlichen Anforderungen der Mängelanzeige dürfen nicht überspannt werden.⁵¹

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Rüge auch rechtzeitig und ausreichend substantiiert erfolgt ist, falls der Oberste Mootcourt zum Ergebnis gelangt, dass italienisches Recht anzuwenden sei. Es ist auf die, nach **italienischem Recht** geltende, lange Frist von 60 Tagen zu verweisen. Art 1667 Codice civile (im Folgenden Cc) besagt, dass der Käufer binnen 60 Tagen allfällige Abweichungen bzw Mängel dem Verkäufer mitzuteilen hat.

Da nach Lieferung der Anlage in den letzten Dezember-Tagen und vollständiger Montage Mitte Jänner, bereits Mitte Februar Mängel gerügt wurden, wurde die **Frist von 60 Tagen** jedenfalls eingehalten. Auch die detailliertere Ausführung der Mängel Ende Februar war noch innerhalb der Frist.

Das führt zu dem Ergebnis, dass selbst nach italienischem Recht die Mängel vonseiten der Beklagten rechtzeitig gerügt wurden.

5. Selbst wenn der Oberste Mootcourt im weiteren Verlauf des Verfahrens zur Erkenntnis gelangt, dass die Rügefrist vonseiten der beklagten Partei nicht eingehalten wurde bzw die Rüge nicht ausreichend substantiiert erfolgt ist, hat im gegenständlichen Sachverhalt die Klägerin als Verkäuferin auf die Einhaltung der Rügeförmlichkeiten **verzichtet**⁵², bzw widerspräche eine nunmehrige Berufung darauf Treu und Glauben⁵³, da sie sich auf eine allenfalls behauptete verspätete oder unsubstantiierte Rüge eingelassen und Abhilfe angeboten hat. Die Klägerin hätte sofort als die Beklagte angerufen und die Mängel mitgeteilt hat, einwenden müssen, dass die Rügefrist schon abgelaufen ist.

Ein solcher Verzicht wird sowohl im österreichischen Recht iSd § 377 HGB als auch im UN-Kaufrecht anerkannt.⁵⁴ Weiters wird auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwiesen,

⁴⁹ OGH 15.10.1998, 2 Ob 191/98x.

⁵⁰ *Magnus in Honsell* (Hrsg), Kommentar zum UN-Kaufrecht (1997) Art 39 UN-K Rz 9 mwN.

⁵¹ OGH 7 Ob 301/01t, SZ 2002/1; 4 Ob 179/05k, SZ 2005/162 = EvBl 2006/28 (162) = RdW 2006, 146 = RZ 2006, 99 = ÖJZ-LSK 2006/18 = Zak 2006, 16.

⁵² OGH 14.01.2002, 7 Ob 301/01t = CISG-online Nr 458.

⁵³ Vgl *Magnus in Honsell*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, Art 39 UN-K Rz 35.

⁵⁴ BGH 25.06.1997, VIII ZR 300/96 = CISG-online Nr 277 unter Verweis auf *Schwenzer in v. Caemmerer/Schlechtriem*, Kommentar zum CISG² (1995) Art 39 Rz 33; *Staudinger/Magnus*,

nach der anerkannt ist, dass der Verkäufer auf den Einwand der Verspätung einer Mängelrüge auch **stillschweigend verzichten** kann. Die Möglichkeit eines derartigen Verzichts wird für den Geltungsbereich des § 377 HGB insbesondere dann bejaht, wenn der Verkäufer die beanstandeten Waren vorbehaltlos zurückgenommen oder vorbehaltlos Nachbesserung versprochen oder den Verspätungseinwand nicht erhoben hat.

Im gegenständlichen Fall hat die Beklagte nach dem Auftreten der Mängel sofort mit der Klägerin Kontakt aufgenommen und infolge der Mängelrügen haben Besprechungen statt gefunden, in denen vonseiten der Klägerin **Mängelbehebungen zugesichert** wurden. Weiters gab es intensive Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien, insbesondere von Mai bis Oktober 2005 und mehrere Verbesserungsversuche vonseiten der Klägerin, wobei nur teilweise Mängel behoben wurden. Ebenfalls hat die Klägerin in ihrem Schreiben vom 22. Juli 2005 neun Verbesserungsmaßnahmen zugesichert. Dass die Klägerin bloß aus Kulanz verbessert hätte, kann nicht behauptet werden, denn die klagende Partei war nicht gehindert, in geeigneter Form auf eine, ihrer Meinung nach gegebene, Fristversäumung hinzuweisen und sich ihre Rechte vorzubehalten. Dadurch hätte sie der beklagten Partei gegenüber einen Kulanzcharakter klargelegt. Ohne einen derartigen Vorbehalt musste die Klägerin davon ausgehen, dass die Beklagte ihre Verbesserungsbereitschaft als Verzicht auf derartige Einwände auffassen würde.⁵⁵

Somit hat die Klägerin auf eine Rüge innerhalb der Frist verzichtet und kann sich daher nicht auf eine allenfalls verspätete und unsubstantiierte Rüge berufen.

V. Arbeitnehmerschutzvorschriften

Zu dem von der Klägerin behaupteten Einwand, es sei ausschließlich Sache des Bestellers nationale Vorschriften, insbesondere jene des Arbeitnehmerschutzes, zu beachten, ist folgendes auszuführen:

Der deutsche Bundesgerichtshof hat am 08.03.1995⁵⁶ als erstes Höchstgericht ausgesprochen, dass die **Einhaltung besonderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften** im Käuferland vom Verkäufer grundsätzlich nicht erwartet werden könne und somit, mangels gegenteiliger Vereinbarung, gar nicht zu dessen Vertragspflichten zähle. Von diesem Grundsatz gäbe es drei Ausnahmen: 1. die betreffenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen bestehen auch im Verkäuferland; 2. der Käufer hat den Verkäufer auf diese Vorschrift hingewiesen und 3. dem Verkäufer sind die einschlägigen Vorschriften des vorgesehenen Exportlandes aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles bekannt oder sie müssten ihm bekannt sein.

Kommentar zum BGB. Erg.-Bd. Wiener UN-Kaufrecht¹³ (2005) Art 39 CISG Rz 18; zu § 377 HGB vgl. Senatsurteil vom 19. Juni 1991 - VIII ZR 149/90 = WM 1991, 1636 unter II 1 c aa = BGHR HGB § 377 Verspätungseinwand 1.

⁵⁵ BGH 25.11.1998, VIII ZR 259/97 = CISG-online Nr 353.

⁵⁶ NJW 1995, 2099 = IPRax 1996, 26 = RIW 1995, 595 = EuZW 1995, 447; *Schlechtriem*, Vertragsmäßigkeit der Ware als Frage der Beschaffenheitsvereinbarung, IPRax 1996, 12.

Die für den gegenständlichen Sachverhalt relevanten öffentlich-rechtlichen Bestimmungen (Arbeitnehmerschutzvorschriften) bestehen auch im Verkäuferland. Sie sind nämlich Bestandteil der sogenannten **Maschinenrichtlinie**⁵⁷ (infolge MRL genannt), die sowohl im Land der Verkäuferin, also in Italien, als auch in Österreich umgesetzt worden ist.

Die MRL gilt für das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme von Maschinen sowie einzeln in Verkehr gebrachte Sicherheitsbauteile⁵⁸ für Maschinen und dient somit insbesondere der Vermeidung von Fehlfunktionen, die die **Sicherheit und Gesundheit von Personen**, die mit dieser Maschine arbeiten, gefährden. Der Hersteller hat die Einhaltung der MRL durch Anbringung des CE-Kennzeichens zu bescheinigen. Da auch die gegenständliche Schmelzofenanlage in den Anwendungsbereich der MRL fällt, muss sie den einschlägigen grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen des Anhangs 1 der Richtlinie entsprechen. Ziel ist, Unfallrisiken während der voraussichtlichen Lebensdauer der Maschine auszuschließen. Die MRL umfasst den Betrieb, das Rüsten, die Wartung, den Transport, die Montage und die Demontage der Maschine.

Die Maschinenrichtlinie (89/392/EWG) wurde durch **Präsidialerlass**⁵⁹ mit 21.09.1996 in Italien rechtskräftig und durch die Maschinen-Sicherheits-Verordnung (infolge MSV genannt) auf der Grundlage des § 71 Abs 3 bis 6 GewO in Österreich umgesetzt.

Da die betreffenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen sowohl in Österreich als auch in Italien gelten und somit eine der drei Ausnahmen gegeben ist, ist die Einhaltung besonderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, hier der MRL-Arbeitnehmerschutzvorschriften, zu erwarten und zählt somit zu den Vertragspflichten der Klägerin. Die Nichtbeachtung bedeutet, dass die Vertragsleistung mangelhaft erbracht wurde.

Der Behauptung der Klägerin, **Ö-Normen** seien nicht zu beachten gewesen, da sie weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart worden sind, ist entgegenzuhalten, dass Ö-Normen im Rahmen von Schadenersatz- und Gewährleistungsnormen das Maß der „gewöhnlich vorausgesetzten“ Eigenschaften (§ 922 ABGB) oder der „gewöhnlichen“ Sorgfalt (§§ 1297, 1299 ABGB) widerspiegeln und es insoweit einer vertraglichen Vereinbarung nicht bedarf. Die Anlage ist demnach nicht zuletzt deshalb mangelhaft, weil sie durch die Nichtbeachtung der Ö-Normen durch die Klägerin nicht die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, nämlich dass sie dem letzten Stand der Technik entspricht, aufweist.

⁵⁷Richtlinie 98/37/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 22.06.1998 zur Sicherheit von Maschinen, ABl 1998 L 207 (1 ff). Unter Verweis darauf, dass am 17. Mai 2006 die neue Maschinen-Richtlinie 2006/42/EG unterzeichnet und am 09. Juni 2006 im Amtsblatt der Europäischen Union (Abl L 157) veröffentlicht wurde.

⁵⁸ Ein Bauteil, der der Gewährleistung einer Sicherheitsfunktion dient und dessen Ausfall oder Fehlfunktion die Sicherheit oder die Gesundheit der Personen im Wirkbereich der Maschine gefährdet.

⁵⁹ Der Präsidialerlass Nr. 459 vom 24. Juli 1996 hat die Anwendung der Maschinenrichtlinie 89/392 EWG in Italien obligatorisch gemacht. Der Erlass wurde in der Ordentlichen Beilage des Gesetzesanzeigers Gazzetta Ufficiale Nr. 209 vom 6. September 1996 veröffentlicht und wurde am 21. September 1996 rechtskräftig.

VI. Gewährleistungsfrist

Dem Vorbringen der Klägerin, dass etwaige Gewährleistungsansprüche bereits verjährt seien, da die vereinbarten zwölf Monate Gewährleistungsfrist bereits verstrichen sind, ist folgendes zu entgegnen.

Die Ablieferung der Anlage und somit der Beginn der Laufzeit der Gewährleistungsfrist war nach vollständiger Montage der Anlage Mitte Jänner 2005. Die Klage wurde am 4. Jänner 2006, also noch vor Ablauf der 12 Monate Gewährleistungsfrist eingebracht. Außerdem besagte § 933 Abs 3 aF ABGB, dass der Beklagten die Geltendmachung der Gewährleistung durch **Einrede** vorbehalten bleibt, wenn sie nur innerhalb der Gewährleistungsfrist der Klägerin den Mangel angezeigt hat. Die Frist für die Gewährleistung betrug gem § 933 Abs 1 aF ABGB zwar nur sechs Monate, allerdings wurde diese vereinbarungsgemäß und zulässig auf 12 Monate verlängert. Die Beklagte hat, wie bereits oben ausführlich ausgeführt, den Mangel der Klägerin innerhalb dieser Frist angezeigt und daher bleibt ihr die Einrede iSd § 933 Abs 3 ABGB auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist vorbehalten.

Jedenfalls wurde die Gewährleistungsfrist aber durch die Verhandlungen bezüglich der Mängelbehebung zwischen Mai und Oktober 2005 **gehemmt** und spätestens durch das schriftliche Anerkenntnis der Mängel am 22.07.2005 sogar **unterbrochen**.

Aus all diesen Gründen, ist eine allenfalls behauptete Verjährung der Gewährleistungsansprüche nicht eingetreten. Der Ablauf der Gewährleistungsfrist kann daher der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht entgegenstehen.

Folgt der Oberste Mootcourt der Ansicht, dass **UN-Kaufrecht** anzuwenden sei, ist auszuführen, dass die Regeln über die Verjährung nicht im UN-Kaufrecht geregelt sind. Daher ist hinsichtlich der Verjährung das nach dem EVÜ als Vertragsstatut berufene unvereinheitlichte nationale Recht maßgeblich.⁶⁰ Aufgrund gültiger Rechtswahl also österreichisches Recht (siehe oben).

Selbst wenn der Oberste Mootcourt zur Ansicht gelangen würde, dass die Rechtswahl nicht gilt und daher **italienisches Recht** anzuwenden wäre, würde sich nichts ändern. Im italienischen Recht regelt Art 1495 III Cc die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen. Nach dieser Norm verjähren die Gewährleistungsansprüche auch nach einem Jahr ab Übergabe. Wiederum bleibt die Einrede der Verjährung erhalten.

VII. Leistungsverweigerungsrecht

1. Wie bereits das Erstgericht in seinem Urteil richtigerweise aussprach, war die von der Klägerin erbrachte Leistung von Anfang an mangelhaft. Die Beklagte hatte also demnach das Recht,

⁶⁰ Vgl OGH 27.02.2003, 2 Ob 48/02a; *Schwenzer* in *Schlechtriem/Schwenzer CISG*⁴ Art 39 UN-Kaufrecht Rz 28.

ihre primären **Gewährleistungsrechtsbehelfe**, in concreto das Recht auf Verbesserung (§ 933 Abs 1 aF ABGB) geltend zu machen. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen wesentlichen und behebbaren Mangel. Die bereits im Ersturteil festgestellten Mängel sind deshalb wesentlich, weil sie den nach dem konkreten Vertrag geschuldeten und ordentlichen Gebrauch der Sache verhindern.⁶¹ Dass die Untersuchungs- und Rügefrist (falls das Vorliegen eines Garantievertrags bzw Rügeverzichts verneint wird) von der Beklagten stets eingehalten wurde, wurde bereits oben (siehe IV. 3.) erörtert. Wäre die Rüge zu spät erfolgt, hätte die Klägerin das schon zu diesem Zeitpunkt eingewendet und nicht auch noch, wie im Folgenden erörtert, die Verbesserung der Mängel versprochen.

Dass in concreto auch die Gewährleistungsfrist (siehe dazu auch unter VI.) eingehalten wurde, ist insbesondere dem Umstand zu entnehmen, dass das Verbesserungsbegehren der Beklagten von der Klägerin in deren Schreiben vom 22.7.2005 ausdrücklich anerkannt wurde. Unstrittig ist zudem, dass der Geschäftsführer der Beklagten mit der Klägerin nach Bekanntwerden von Mängeln Kontakt aufgenommen hat. Aufgrund dieser Mängelrügen fand eine Besprechung zwischen der Klägerin und der Beklagten statt, in welcher die Klägerin Mängelbehebung zusicherte. Durch jedes dieser **Anerkenntnisse** wurde die Verjährungsfrist gem § 1497 ABGB unterbrochen, dh sie hat neu zu laufen begonnen.⁶²

Der Behauptung der Klägerin, das Schreiben vom 22.7.2005 als **eigenständige Vereinbarung** zu interpretieren, kann keinesfalls gefolgt werden. Die von der Beklagten getätigte Aussage, dass sie die „Mängelbehauptungen fallen lasse, wenn die Klägerin die gewünschten Änderungen vornehme und nach Vornahme das ausständige Entgelt vereinbarungsgemäß bezahle“ ist keinesfalls als eigenständige Vereinbarung, sondern lediglich als logische Schlussfolgerung der der Beklagten versprochenen Mängelbehebung zu deuten. Die Beklagte brachte damit zum Ausdruck, dass sie wenn ihre Mängel behoben sind, das ausständige Entgelt bezahlen werde. Umso interessanter ist die Aussage der Klägerin von dieser vermeintlich eigenständigen Vereinbarung auch noch zurücktreten zu können. Ebenso wenig ist der Aussage der Klägerin zu folgen, dass keiner der Streitparteien das Wort „Verbesserung“ im Sinne des Gewährleistungsrechts verstanden hatte, denn dies stellt lediglich eine nicht glaubwürdige Schutzbehauptung dar. Ein Unternehmer weiß natürlich, dass „Verbesserung“ ein Begriff des Gewährleistungsrechts ist.

Aus den soeben genannten Gründen ist die Beklagte nach § **1052 ABGB** grundsätzlich berechtigt ihre Leistung bis zur Erbringung der Gegenleistung, also bis nach ordnungsgemäßer Durchführung der Verbesserung, zurückzuhalten.

⁶¹ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ I § 932 Rz 2; *Dullinger*, Schuldrecht Allgemeiner Teil (2000) Rz 3/78.

⁶² *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ I § 932 Rz 12 und § 933 Rz 5.

Das in §§ 1052 und 1062⁶³ ABGB normierte **Leistungsverweigerungsrecht** wird nach Lehre und Rechtsprechung auf alle gegenseitigen Verträge angewendet, sofern nicht eine gesetzliche Sonderregelung vorgesehen ist.⁶⁴ Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung⁶⁵ setzt eine Leistungsverpflichtung Zug um Zug gegen eine Gegenleistung eine Einrede nach § 1052 ABGB voraus. Es genügt jedoch, dass sich aus dem Vorbringen ergibt, dass die Beklagte zur Herausgabe der Sache nur gegen Ersatz der Aufwendungen bereit ist. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verjährt auch nicht.⁶⁶

In Rechtsprechung und Lehre ist unstrittig, dass das Zurückbehaltungsrecht am Kaufpreis bzw Werklohn dann zusteht, wenn der Käufer bzw Werkbesteller nach Ablieferung einer mangelhaften Sache die Verbesserung fordert.⁶⁷ Der Käufer darf solange, als der Mangel nicht behoben ist, seinerseits die Zahlung des restlichen Kaufpreises verweigern, weil das unverbesserte Werk noch nicht als vollendet gilt und der Anspruch auf den Werklohn daher noch nicht fällig ist.⁶⁸

Inwieweit dieses Leistungsverweigerungsrecht allerdings der **Höhe** nach besteht, ist nicht unumstritten. Sowohl Lehre als auch Rechtsprechung vertreten teils divergierende Ansichten.

Nach herrschender Ansicht in der Lehre und nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung kann der Käufer bzw Werkbesteller den **ganzen Kaufpreis** bzw **Werklohn zurückhalten** und nicht bloß einen der Mangelhaftigkeit entsprechenden Teil.⁶⁹ Dieser Ansicht ist auch zu folgen, da das Leistungsverweigerungsrecht ein Druckmittel darstellt. Es ist ein geeignetes Mittel, den Veräußerer zu einer umgehenden Verbesserung zu bestimmen und den Erwerber der undankbaren Aufgabe zu entheben, die Beseitigung der Mängel durch einen Dritten zu erreichen.⁷⁰

*Wahle*⁷¹ vertritt die Ansicht, dass nach Annahme der Erfüllung dem Gläubiger nicht das Recht zustehe, die ganze Gegenleistung zurückzuhalten, sondern nur den Betrag, der die Kosten deckt, die ihm durch die mangelhafte Erfüllung wahrscheinlich erwachsen werden. Demgegenüber wird erwidert, dass es nicht einzusehen ist, warum der Schuldner, der in Unkenntnis des Mangels die Sache als Erfüllung angenommen hat, nun zu erkennen geben soll, dass er seine Leistung nicht mehr in gleichem Ausmaß von der Gegenleistung abhängig betrachtet und durch Reduktion seines Leistungsverweigerungsrechts auf sein **Druckmittel** verzichtet. Doch selbst wenn der Meinung *Wahles* gefolgt wird, wäre das von der Beklagten zurückbehaltene Entgelt keinesfalls zu hoch

⁶³ idF JGS 1811/946.

⁶⁴ OGH 17.09.1981, 7 Ob 32/81; 9 ObA 6/94, SZ 67/93; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ I § 1052 Rz 1.

⁶⁵ OGH 15.12.1999, 6 Ob 296/99v.

⁶⁶ OGH 27.02.1996, 5 Ob 509/96.

⁶⁷ OGH 5 Ob 198/75, SZ 48/108 = EvBl 1976/92 (180); 1 Ob 515/81, SZ 54/35 = MietSlg 33249; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II (2007) 41.

⁶⁸ OGH 18.03.1986, 5 Ob 534/85; OGH 7 Ob 646/87, JBl 1988, 446.

⁶⁹ OGH 3 Ob 540/79, SZ 53/63 = EvBl 1980/202 (609); OGH 5 Ob 696/81, SZ 55/27 = JBl 1984, 147; OGH 25.05.2005, 7 Ob 103/05f; vgl auch *Reischauer in Rummel*, ABGB³ I § 932 Rz 18.

⁷⁰ ZB OGH 08.06.1983, 3 Ob 525/83; OGH 14.12.2000, 6 Ob 312/00a uva.

⁷¹ Siehe Nachweise bei *Aicher in Rummel*, ABGB³ I § 1052 Rz 1.

gegriffen, da dieses die eigenen durch die Mangelhaftigkeit der Erfüllung verursachten Schadenersatzansprüche, welche insbesondere im Entfall von Aufträgen und einem Mehraufwand in Form von Reinigungsarbeiten bestehen, unterschreitet.

Auch *Koziol*⁷² folgt nicht der herrschenden Ansicht, dass grundsätzlich die gesamte Gegenleistung zurückbehalten werden kann, sondern spricht sich für ein eingeschränktes Leistungsverweigerungsrecht aus, welches sich grundsätzlich am Betrag der noch ausstehenden Leistung des Veräußerers zu orientieren hat. Aufgrund der von der Klägerin zu verantwortenden gravierenden Mängel ergibt sich auch bei Vertretung dieser Ansicht kein Problem auf Seiten der Beklagten. Das von ihr zurückbehaltene Entgelt ist jedenfalls auch bei Unterstützung dieser Lehrmeinung angemessen.

Wie bereits erwähnt, vertritt die herrschende Rechtsprechung grundsätzlich den Standpunkt, dass der Werkbesteller die ganze Gegenleistung verweigern kann. Bei einem Werkvertrag ist grundsätzlich der **Unternehmer vorleistungspflichtig**.⁷³ Der Werkbesteller kann sogar den ganzen Werklohn auch wegen geringfügiger Mängel zurückhalten. Ebenso ist es nicht erforderlich, dass die mangelhafte Herstellung des Werkes bereits zu Schäden geführt hat.⁷⁴

Nach den bisher erörterten oberstgerichtlichen Grundsätzen wäre die Beklagte jedenfalls berechtigt, nicht nur die noch offene letzte Rate in der Höhe von € 194.380,23, sondern sogar die gesamte Forderung bis zur ordnungsgemäßen Verbesserung durch die Klägerin zu verweigern. Die **Grenze** des Zurückbehaltungsrechts sieht der Oberste Mootcourt⁷⁵ allerdings in der **Schikane** und im **Rechtsmissbrauch**. Wäre die Angemessenheit der Entgeltzurückhaltung nicht so eindeutig, wie im gegenständlichen Fall, müsste man demnach genau prüfen, ob die Höhe der zurückbehaltenen Leistung gerechtfertigt ist.

Für die Frage des Missverhältnisses kommt es nicht auf den gesamten Werklohn im Verhältnis zum Verbesserungsaufwand, sondern auf den geltend gemachten restlichen Werklohn an.⁷⁶ In einer Entscheidung⁷⁷ sprach der 4. Senat des Obersten Mootcourts aus, dass die Zurückbehaltung des restlichen Werklohnes nicht rechtsmissbräuchlich sei, wenn der Verbesserungsaufwand davon lediglich 5 % ausmache. In einer weiteren Entscheidung⁷⁸ verneinte der Oberste Mootcourt die Rechtsmissbräuchlichkeit der Leistungsverweigerung sogar bei bloß 2,6 % des noch offenen

⁷² Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, 737.

⁷³ Vgl nur OGH 8 Ob 24/66, SZ 39/27 = EvBl 1966/216 (264).

⁷⁴ OGH 2 Ob 530/90, *ecolex* 1990, 677.

⁷⁵ OGH 8 Ob 24/66, SZ 39/27 = EvBl 1966/216 (264); 5 Ob 198/75, SZ 48/108 = EvBl 1976/92 (180); 3 Ob 540/79 = SZ 53/63.

⁷⁶ Vgl nur OGH 17.12.2002, 5 Ob 200/02a; OGH 14.07.2005, 6 Ob80/05s; OGH 18.04.2007, 7 Ob 67/07i.

⁷⁷ OGH 4 Ob 501/93, EvBl 1993/101 (425) = *ecolex* 1993, 304.

⁷⁸ Vgl OGH 24.11.1998, 10 Ob 384/98p.

Werklohnes. Der Oberste Mootcourt hält jedoch in weiteren Entscheidungen⁷⁹ ausdrücklich fest, dass es auf keine fixen Prozentsätze ankomme. Vielmehr sei die Wichtigkeit der Behebung des Mangels, die nach den Umständen des Einzelfalls im Rahmen einer Interessenabwägung zu beurteilen ist, ins Kalkül zu ziehen.

In anderen Entscheidungen⁸⁰ nahm der Oberste Mootcourt eine rechtsmissbräuchliche Einwendung des Zurückbehaltenden an, wenn die Mängelbehebung keine besonderen Fachkenntnisse erfordert und kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien zur Voraussetzung hat.

Im vorliegenden Fall kann der Beklagten weder Schikane noch Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden. Aufgrund der **Schwere der Mängel** (Vakuumverluste und hierdurch verursachte Farbveränderungen des Stahls, Stillstand der Anlage und dadurch bedingte Betriebsausfälle) und der Tatsache, dass die Verbesserungen nur im Inland durchgeführt werden können und daher die Reisekosten und allfällige Überstunden der Arbeitnehmer der Klägerin ins Kalkül zu ziehen sind, ergibt sich zweifelsfrei, dass die Höhe des von der Klägerin vorzunehmenden Verbesserungsaufwands jedenfalls 5 % des zurückbehaltenen Entgelts übersteigt.

Da jedoch laut oberstgerichtlicher Rechtsprechung nicht allein auf fixe Prozentsätze abgestellt werden darf (siehe oben), muss auch die **Wichtigkeit der Mängelbehebung** für die Beklagte im Rahmen der im Einzelfall durchzuführenden Interessenabwägung geprüft werden. Es steht außer Zweifel, dass es jedenfalls im Interesse der Beklagten ist, die Mängel schnellstmöglich beheben zu lassen. Dies deshalb, da es ständig zu kompletten Betriebsstillständen und vermehrten Reinigungsarbeiten kommt. Es ist der Beklagten also nicht möglich, mit der von der Klägerin produzierten Schmelzofenanlage vereinbarungsgemäß zu arbeiten. Daraus ergibt sich, dass die jetzige wirtschaftliche Position für die Beklagte sehr beeinträchtigt ist; von einem krassen Missverhältnis zwischen der von der Beklagten verweigerten Leistung und dem Interesse der Klägerin an der Bezahlung des restlichen Entgelts kann also keinesfalls ausgegangen werden.

Ebenso wenig kann im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass für die Mängelbehebung keine besonderen Fachkenntnisse erforderlich sind oder kein besonderes Vertrauensverhältnis gegeben ist, denn genau das Gegenteil ist der Fall. Um die von der Klägerin gelieferte Schmelzofenanlage zu verbessern, sind genaue technische Kenntnisse über die Maschine von Nöten, über die, da es eine Neuentwicklung ist, nur die Klägerin verfügt.

Die von der Klägerin eingewendete Rechtsmissbräuchlichkeit bzw Sittenwidrigkeit der Leistungsverweigerung kann also unter den gegebenen Sachverhaltsmomenten und der

⁷⁹ Vgl OGH 6 Ob 51/99i, RdW 1999, 713; 6 Ob 72/00g, bbl 2001, 75; 6 Ob 80/05s, Zak 2005, 16 = ecolex 2005, 908.

⁸⁰ OGH 5 Ob 630/89, SZ 62/169 = ÖJZ NRsp 1990/29 = JBl 1990, 248; 6 Ob 80/05s, Zak 2005, 16 = ecolex 2005, 908.

oberstgerichtlichen Rechtsprechung keinesfalls bejaht werden. Das Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 ABGB würde im konkreten Fall selbst bei Beachtung der oben angeführten – eher restriktiven – Lehrmeinungen zu Recht bestehen.

2. Für den Fall, dass sich im weiteren Verlauf des Verfahrens die Anwendbarkeit des **UN-Kaufrechts** ergibt, wird im Folgenden das Leistungsverweigerungsrecht auch unter dem Blickwinkel dieses Übereinkommens beleuchtet.

Wie bereits oben erwähnt, stellte das Erstgericht zu Recht fest, dass die von der Klägerin gelieferte Sache von Anfang an mangelhaft war. Auch nach dem UN-Kaufrecht hat die Beklagte aufgrund der von der Klägerin zu verantwortenden Vertragsverletzung einen Anspruch auf Nachbesserung gem Art 46 Abs 3 UN-K. Dass die für dieses Nachbesserungsrecht erforderliche Untersuchungsobliegenheit nach Art 38 UN-K und die Rügefrist nach Art 39 UN-K von der Beklagten stets eingehalten worden sind, bzw bei Annahme eines gültigen Garantievertrages gar nicht eingehalten werden müssen, wurde bereits oben (siehe dazu IV. 2. und 4.) ausführlich behandelt.

Aufgrund dieses Nachbesserungsanspruchs ist die Beklagte auch berechtigt ihre Leistung bis zur Erbringung der Gegenleistung durch die Klägerin zurückzubehalten. Anders als im österreichischen Recht existiert im UN-Kaufrecht jedoch keine dem § 1052 ABGB entsprechende Norm. Ein **ausdrückliches Leistungsverweigerungsrecht** ist im UN-Kaufrecht demnach **nicht enthalten**.⁸¹ Insofern ist auch die Existenz dieses Rechtsinstituts im UN-Kaufrecht umstritten.

Ein Teil der **Lehre**⁸² vertritt die Auffassung, dass es im UN-Kaufrecht kein allgemeines Verweigerungsrecht gebe. Diese Begründung wird größtenteils darauf gestützt, dass die vertragstreue Partei die Vertragsverletzung nur mit den ihr nach dem Übereinkommen zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfen verfolgen kann. Das Fehlen eines Leistungsverweigerungsrechts des Käufers ergebe sich schon aus Art 48 UN-K. Gemäß dieser Bestimmung hat der Verkäufer das Recht seine Leistung nachzubessern und der Käufer hat ausdrücklich nur Ansprüche auf Vertragsaufhebung und Schadenersatz, nicht aber auf Verweigerung des Kaufpreises.⁸³

*Karollus*⁸⁴ vertritt die Ansicht, ein **Zurückbehaltungsrecht** nur **nach Maßgabe der** bei der Schlechterfüllung zustehenden **Rechtsbehelfe** zu gewähren. Es wäre nämlich nach Treu und Glauben unvereinbar, wenn der Käufer einen Kaufpreisbetrag zahlen müsste, den er mit den ihm zustehenden Rechtsbehelfen wieder zurückfordern könnte. Generell wäre aber auch vertretbar, das Zurückbehaltungsrecht solange zu gewähren, als der Käufer überhaupt noch Vertragsaufhebung

⁸¹ Müller-Chen in *Schlechtriem/Schwenzer*, CISG⁴ Art 45 Rz 22.

⁸² Vgl *Schnyder/Straub* in *Honsell* (Hrsg), Kommentar zum UN-Kaufrecht (1997) Art 45 Rz 58.

⁸³ Vgl OGH 4 Ob 179/05k, SZ 2005/162 = EvBl 2006/28 (162) = RdW 2006, 146 = RZ 2006, 99.

⁸⁴ UN-Kaufrecht – Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis (1991) 84 f.

begehren kann. Im gegenständlichen Fall liegt eine wesentliche Vertragsverletzung vor, die gem Art 49 Abs 1 lit b UN-K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen würde. Die Lieferung vertragswidriger Ware stellt nur dann eine wesentliche Vertragsverletzung dar, wenn die Abweichung so ausgestaltet ist, dass der beschwerten Partei nicht zugemutet werden kann, sich mit Schadenersatz oder Minderung zufrieden zu geben.⁸⁵ Nach Lehre⁸⁶ und Rechtsprechung⁸⁷ zum UN-Kaufrecht stellt auch ein objektiv schwerwiegender Mangel keine wesentliche Vertragsverletzung dar, wenn es sich um einen behebbaren Mangel handelt und der Verkäufer bereit ist, diesen zu beheben, ohne dass dem Käufer dadurch unzumutbare Verzögerungen oder Belastungen entstehen. Im vorliegenden Fall ist der Verkäufer aber gerade nicht bereit die aufgetretenen Mängel an der Schmelzofenanlage zu beheben. Es kann nach dieser Lehrmeinung jedoch keinesfalls auf die Einhaltung der Fristen nach Art 49 Abs lit b UN-K ankommen, da das Aufhebungsrecht nach dieser Meinung lediglich objektiv bestehen muss. Ebenso musste die Bedeutung der Verletzung der Vertragspflichten für die vertragsbrüchige Partei bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erkennbar sein. Die Beklagte wäre demnach nach der Lehrmeinung von *Karollus* zur Zurückbehaltung des ausstehenden Entgelts berechtigt.

Der wohl überwiegende Teil der Lehre⁸⁸ vertritt die zutreffende Ansicht, dass auch nach UN-Kaufrecht ein Zurückbehaltungsrecht besteht. Die Begründungen dafür sind teilweise unterschiedlich. *Müller-Chen*⁸⁹ leitet ein **allgemeines Zurückbehaltungsrecht** des Käufers bei nicht vertragsgemäßer Erfüllung durch den Vertragspartner aus Art 58 UN-K ab, weil der Kaufpreis nach dieser Bestimmung erst fällig wird, wenn die dem Käufer zur Verfügung gestellte Ware vertragsgemäß ist. Andernfalls hätte nämlich das Untersuchungsrecht des Art 58 Abs 3 UN-K keinen Sinn. Ist die gelieferte Ware nicht vertragsgemäß und verlangt der Käufer beispielsweise gem Art 46 Abs 3 UN-K Nachbesserung, so kann der Käufer sich im Regelfall hinsichtlich der Kaufpreiszahlung auf den Einwand der fehlenden Fälligkeit berufen, denn die Fälligkeit nach Art 58 UN-K hängt davon ab, dass die zur Verfügung gestellte Ware vertragsgemäß ist.

Auch *Magnus*⁹⁰ befürwortet ein Leistungsverweigerungsrecht des Käufers und leitet dieses aus dem **Zug-um-Zug-Prinzip** des Übereinkommens und aus den in seinen Art 58, 71, 80, 85 und 86 UN-K verwirklichten Grundsätzen ab.

Diesen überaus treffenden Ansichten folgt auch der **Oberste Mootcourt**⁹¹ und spricht sich ausdrücklich für ein **allgemeines Zurückbehaltungsrecht** des Käufers im UN-Kaufrecht aus. Da die

⁸⁵ *Ferrari*, Wesentliche Vertragsverletzung nach UN-Kaufrecht – 25 Jahre Art 25 CISG, IHR 2005, 1 mwN.

⁸⁶ *Ferrari*, IHR 2005, 1; *Schlechtriem* in *Schlechtriem/Schwenzer*, CISG⁴ Art 25 Rz 21a mwN; *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht⁴ (2007) Rz 115.

⁸⁷ HG Kanton Aargau, Urt. v. 5. 11. 2002, CISG-online Nr 715.

⁸⁸ *Hager* in *Schlechtriem/Schwenzer*, CISG⁴ Art 58 Rz 13 mwN; *Magnus* in *Staudinger* (Hrsg), Kommentar zum BGB (2005) Art 4 Wiener UN-Kaufrecht Rz 47a und Art 58 Rz 23.

⁸⁹ in *Schlechtriem/Schwenzer*, CISG⁴ Art 45 Rz 22.

⁹⁰ in *Staudinger*, Kommentar BGB, Art 4 Rz 47a und Art 58 Rz 23 UN-K.

Frage, ob der Käufer bei vertragswidriger Erfüllung des Verkäufers berechtigt ist, den Kaufpreis zurückzuhalten einen im Übereinkommen geregelten Gegenstand berührt, ist sie einer Lückenfüllung nach Art 7 Abs 2 UN-K zugänglich. In der zuvor zitierten Entscheidung weist der Oberste Mootcourt ausdrücklich darauf hin, dass auch dem UN-Kaufrechtsübereinkommen das Zug-um-Zug-Prinzip immanent ist und verweist dabei auch auf die Materialien zum Übereinkommen, die auf Erwägungen beruhen, die auch § 1052 ABGB zugrunde liegen. Ausdrücklich weist der Oberste Mootcourt nochmals darauf hin, dass das in Art 58 Abs 3 UN-K normierte Untersuchungsrecht des Käufers sinnlos wäre, wenn der Käufer auch dann zur sofortigen Zahlung des Kaufpreises verpflichtet wäre, wenn er anlässlich der Untersuchung die Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware feststellen konnte und bestätigt damit die bereits oben angeführte Lehrmeinung von *Müller-Chen*.

Das von der Klägerin ins Treffen geführte Argument, es gäbe kein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten, geht auch bei Anwendung des UN-Kaufrechts ins Leere.

Im Übrigen wird auch gem Art 1668 Cc anerkannt, dass der Werkbesteller das Entgelt bis zur Beseitigung der Mängel des Werkes zurückhalten darf, womit auch im **italienischen Recht** – sollte dies wider Erwarten zur Anwendung gelangen – ein Leistungsverweigerungsrecht existiert.⁹²

VIII. Compensando Einrede

Sollte entgegen der Ansicht der Beklagten das Leistungsverweigerungsrecht nach § 1052 ABGB bzw nach dem UN-Kaufrechtsübereinkommen nicht zu Recht bestehen, werden die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen normierte zulässige Vertragsstrafe (siehe dazu unter III.) als auch die dem Kläger bis dato entstandenen Schadenersatzansprüche, welche bereits im Erstverfahren durch den Sachverständigen (siehe Beilage ./J) festgestellt wurden, in compensando eingewendet. Nach Art 8 Nr. 3 EVHGB ist die Beklagte auch berechtigt einen die Vertragsstrafe übersteigenden Betrag geltend zu machen.

Sollte entgegen der Ansicht der Beklagten das UN-Kaufrecht anwendbar sein, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob es für die Beklagte zulässig ist, einen über die Vertragsstrafe hinausgehenden Schaden geltend zu machen. Dies hängt in erster Linie davon ab, inwieweit die Vereinbarung einer Vertragsstrafe abschließenden Charakter hat, das heißt nach dem Parteiwillen weitergehende Ersatzansprüche ausschließt.⁹³ Im vorliegenden Fall haben die Parteien die Geltendmachung eines weitergehenden Schadenersatzanspruches nicht ausgeschlossen.

⁹¹ OGH 4 Ob 179/05k, SZ 2005/162 = EvBl 2006/28 (162) = RdW 2006, 146 = RZ 2006, 99; vgl auch *Hartmann*, Ungeschriebene Zurückbehaltungsrechte im UN-Kaufrecht, IHR 2006, 181.

⁹² *Cian*, *Commentario breve al Codice Civile*⁷ (2004) Art 1668.

⁹³ *Stoll/Gruber* in *Schlechtriem/Schwenzer*, CISG⁴ Art 74 Rz 49.

D. Anfechtung des Beschlusses

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die von ihm ausgesprochene Zurückverweisung zu Unrecht erfolgt. Es liegen weder Mangelhaftigkeit des Verfahrens noch sekundäre Feststellungsmängel vor. Ob bei **typengemischten Verträgen** der Anteil der kauffremden Vertragspflichten überwiegt, bedarf keinen weiteren Feststellungen. Dies deshalb, da es auch für einen außenstehenden Dritten zweifelsfrei erkennbar ist, dass bei einer Neuentwicklung (siehe dazu C. I.) Planung, Montage und Einschulung, keinesfalls jedoch kaufvertragliche Elemente im Vordergrund stehen. Im Übrigen wurde ohnedies eine gültige Rechtswahl zugunsten unvereinheitlichten österreichischen Rechts getroffen.

Ebenso fehlen keine Feststellungen des Erstgerichts in Bezug auf die erhobene **Mängelrüge**. Feststellungen müssen nicht nötigerweise unter dem Punkt „Feststellungen“ des Ersturteils angeführt werden. Genauso existieren „versteckte Feststellungen“, welche sich insbesondere im Rahmen der Beweiswürdigung oder der rechtlichen Beurteilung befinden.⁹⁴ Völlig zu Recht betrachtete das Erstgericht die von der Beklagten ausgeführte Mängelrüge als ausreichend, da laut Obersten Mootcourt⁹⁵ die inhaltlichen Anforderungen an die Mängelanzeige keinesfalls überspannt werden dürfen. Es muss jedenfalls genügen, wenn dem Verkäufer das wesentliche Ergebnis einer ordnungsgemäßen Untersuchung mitgeteilt wird, sodass er sich ein Bild vom Mangel machen kann. Im konkreten Fall war dies der Klägerin aufgrund der von der Beklagten erklärten Mängel jedenfalls möglich.

Auch nach § 377 HGB braucht der Mangel „nicht in allen Einzelheiten geschildert werden“.⁹⁶ Außerdem kann es für die rechtliche Beurteilung dahingestellt bleiben, an welchem konkreten Tag der Geschäftsführer der Beklagten der Klägerin zur Kenntnis gebracht hat, dass die Anlage nicht funktioniert, denn wie bereits ausgeführt (siehe dazu C. IV. 1. bis 4.) ist die Rügefrist jedenfalls gewahrt bzw bei Annahme eines gültigen Garantievertrages oder Rügeverzichtes nicht von Relevanz. Ein genauer Zeitpunkt ist demnach nicht nötig.

Ob ausreichende Feststellungen zum schriftlichen **Anerkenntnis** der Klägerin vom 22.7.2005 bestehen oder nicht, kann ebenfalls dahingestellt bleiben, da zweifelsfrei noch ein zweites Anerkenntnis, welches auch festgestellt wurde, existiert. Es ist nämlich, wie bereits dargelegt, unstrittig, dass der Geschäftsführer der Beklagten mit der Klägerin nach Bekanntwerden von Mängeln sofort Kontakt aufgenommen hat und die Klägerin in der dann folgenden Besprechung die Mängel anerkannt hat.

⁹⁴ Pimmer in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² IV/1 (2005) § 498 ZPO Rz 4.

⁹⁵ ZB OGH 4 Ob 179/05k, SZ 2005/162 = EvBl 2006/28 (162) = RdW 2006, 146 = RZ 2006, 99.

⁹⁶ OGH 3 Ob 540/79, SZ 53/63 = EvBl 1980/202 (609); Kramer in *Sraube*, Kommentar HGB³ I §§ 377, 378 Rz 44; Kerschner in *Jabornegg*, Kommentar HGB § 378 Rz 96.

Aus den soeben dargelegten Gründen besteht für die vom Berufungsgericht ausgesprochene Zurückverweisung keine Notwendigkeit; der Oberste Mootcourt kann somit iSd § 519 Abs 1 Z 2 iVm Abs 2 in der Sache selbst entscheiden.

E. Anträge

Aus den genannten Gründen stellt die beklagte Partei nachfolgende

REKURSANTRÄGE:

Der Oberste Mootcourt als zuständiges Rekursgericht möge den Rekurs der beklagten Partei für zulässig erklären und

- 1) dem Rekurs der beklagten Partei stattgeben und in der Sache selbst entscheiden und das Klagebegehren zur Gänze abweisen,

in eventu

- 2) dem Rekurs der beklagten Partei stattgeben, den Zurückverweisungsbeschluss aufheben und dem Berufungsgericht auftragen unter Zugrundelegung der Rechtsmeinung der beklagten Partei selbst in der Sache zu entscheiden,

in eventu

- 3) dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung unter Zugrundelegung der Rechtsmeinung der beklagten Partei auftragen und das Klagebegehren zur Gänze abweisen

und

- 4) die klagende Partei zum Ersatz der Prozesskosten aller Instanzen an die beklagte Partei, zu Händen der Beklagtenvertreterin gem § 19a RAO binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verpflichten.

Innsbruck, am 08. April 2008

Van Stahl GesmbH

F. Kostenverzeichnis

An Kosten werden verzeichnet:

Rekurs TP3C	EUR 1.325,70
zzgl 50 % ES	EUR 662,85
zzgl 20 % USt	<u>EUR 397,71</u>
ergibt	EUR 2.386,26
Pauschalgebühr	<u>EUR 7.014,00</u>
Gesamt	<u>EUR 9.400,26</u>