

Deutsche Originalfassung

Oberster Gerichtshof

17. Dezember 2003

Geschäftszahl 7 Ob 275/03x

Quelle: Rechtsinformationssystem (RIS) der Republik Österreich (www.ris.bka.gv.at),
Judikaturdokumentation Justiz (OGH, OLG, LG)

CISG-Hauptzitate:

Artikel 1, 6, 8, 9, 12, 14, 19, 25, 38, 39, 73, 96

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

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

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

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Begründung:

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

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

Die Beklagte, deren Hauptniederlassung in Österreich ist, stellt ua aus Tantalpulver Tantaldraht her, der in der Elektronikindustrie, etwa in Handys, PCs, Autos, Herzschrittmachern usw, verwendet wird. Der fertige Draht muss bestimmten Spezifikationen der Abnehmer entsprechen. Für die Fertigung und die Eigenschaften des Tantaldrahtes ist die Qualität des verwendeten Tantalpulvers von großer Bedeutung. Insbesondere der Sauerstoffgehalt des Pulvers ist bedeutsam, da es bei einem erhöhten Sauerstoffgehalt zu einer hohen Festigung kommt. Dies kann bis zu einer gewissen Grenze durch Sondermaßnahmen und Mischung mit Pulver besserer Qualität verhindert werden, erschwert aber die Verarbeitbarkeit und erhöht - in einem nicht von vornherein berechenbaren Ausmaß - die Produktionskosten. Bis zu einem Sauerstoffgehalt von ca 1100 µg/g kann das Pulver rein verarbeitet werden, bei einem Sauerstoffgehalt von 1300 µg/g ist eine Fertigung mit einer Mischung von 50 : 50 mit Tantalpulver mit niedrigem Sauerstoffgehalt möglich, bei noch höherem Sauerstoffgehalt müssen Sondermaßnahmen getroffen und das Mischungsverhältnis weiter reduziert werden.

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

Die Beklagte entschloss sich deshalb, weiteres Tantalpulver für eine weitere Erprobung zu bestellen. Nach Absprache mit Chris H***** bestellte sie bei N***** G***** am 26. 1. 2000 41 kg Tantalpulver, wobei die Bestellung auf englisch erfolgte und in dieser Sprache auf die in deutscher Sprache auf der Rückseite der Bestellung abgedruckten Einkaufsbedingungen verwiesen wurde. Die 41 kg wurden am 15. 2. 2000 von der Klägerin geliefert. Eine von der Beklagten vorgenommene Analyse ergab, dass das Muster weder der Spezifikation noch dem 1 kg Analysemuster entsprach; es wies einen Sauerstoffgehalt von 1153 µg/g auf. Das Muster wurde am 11. 2. 2000 von der Klägerin in Rechnung gestellt, allerdings in der Folge nach Rücksprache mit Chris H***** von der Beklagten an N***** G***** bezahlt. Da das Tantalpulver laut 41 kg-Muster für die Beklagte dennoch interessant war, bestellte diese nach Rücksprache mit Chris H***** am 19. 7. 2000 direkt bei der Klägerin 500 kg Tantalpulver, Sinterqualität für Erprobungszwecke und bezog sich dabei auf die "telefonischen Verhandlungen zwischen Chris H***** und Harald M*****". Auch diese Bestellung erfolgte in englischer Sprache und unter englischsprachigem Hinweis auf die auf der Rückseite der Bestellung in deutsch abgedruckten Einkaufsbedingungen der Beklagten. Die darauf erfolgte Lieferung der Klägerin, die gegen die Einkaufsbedingungen nicht protestierte, wurde von der Beklagten analysiert und das Ergebnis der Klägerin am 24. 8. 2000 übersandt. Der Sauerstoffgehalt dieses Musters lag bei 1153 µg/g. Die betreffende Musterlieferung wurde der Beklagten von N***** Ltd als Agent für die Klägerin am 25. 10.

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Klägerin bestellte in der Folge das Rohmaterial zur Herstellung der 9000 kg Tantalpulver und vereinbarte mit den beiden erwähnten Fabriken die Weiterverarbeitung. Mit Telefax vom 2. 3. 2001 wurden der Beklagten die Liefertermine für März, April und Mai bekanntgegeben und es wurde mitgeteilt, dass Tantalpulver für die Lieferungen Juni, Juli und August bereits auf Lager sei. Ab März 2001 ging die Nachfrage bei Tantalprodukten zurück und es kam zu einem starken Preisabfall. Am 19. 3. 2001 teilte die Beklagte der Klägerin dies mit; ihre Verkaufspreise, die auf Basis des Einkaufspreises kalkuliert worden seien, fänden keine Akzeptanz am Absatzmarkt mehr. Es sollten daher die ersten drei Lieferungen zu je 1500 kg zwar wie vereinbart erfolgen, die Lieferung der übrigen 4500 kg sollte jedoch auf später verschoben werden. Die Beklagte wolle aber am Vertrag festhalten und erklärte sich damit einverstanden, dass die Rechnung von N***** Ltd statt von N***** G***** ausgestellt werde.

Mit Fax vom 12. 4. 2001 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass die Nachfrage für Tantaldraht um mehr als 50 % eingebrochen sei und bat um Aufschiebung der ersten drei Lieferungen. Die restlichen 4500 kg Tantalpulver würden erst Anfang des nächsten Jahres gebraucht. Anfang April 2001 wurden die ersten 1500 kg Tantalpulver geliefert und der Beklagten von N***** Ltd in Rechnung gestellt. 400 kg dieser Lieferung wiesen einen Sauerstoffgehalt von 1937 µg/g, 600 kg einen Sauerstoffgehalt von 2248 µg/g auf. Unter gleichzeitiger Übersendung der Analyseblätter teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass dieses Material nicht verwendet werden könne und ersuchte um Abholung und Austausch in geeignetes Material. Die restlichen 500 kg Tantalpulver wiesen Sauerstoffwerte von 1514 µg/g bzw 1734 µg/g auf. Dieses Material wurde von der Beklagten als "akzeptabel" bezeichnet und angenommen, weil es mit Material anderer Hersteller mit sehr niedrigem Sauerstoffgehalt vermischt werden konnte und so in der Produktion einsetzbar war. Die Klägerin sicherte zu, die Waren so schnell als möglich abzuholen und versicherte, "die Ursache für die Probleme zu erheben und an einer Lösung zu arbeiten". Mit Fax vom 3. 5. 2001 teilte die Klägerin mit, dass bereits 3751,10 kg Tantalpulver auf Grund der Bestellung der Beklagten hergestellt worden seien und ersuchte darum, diese Menge bis zum 1. 8. 2001 abzunehmen, den Rest bis zum 1. 11. 2001. Am 2. 6. 2001 wurden 1150 kg Ersatzmaterial für die beanstandete Ware der ersten Lieferung geliefert und von N***** Ltd der Klägerin in Rechnung gestellt. Das Ersatzmaterial wies einen Sauerstoffgehalt von 1405 µg/g bzw 1384 µg/g auf.

Von der Beklagten wurde um Mitteilung der Namen der Hersteller gebeten, um die Produktionswerke besichtigen zu können. Nach Abschluss einer "Nichtumgehungsvereinbarung" gab die Klägerin der Beklagten mit Fax vom 7. 5. 2001 die Lieferanten Z***** und C***** bekannt. Vom 10. bis zum 12. 6. 2001 kam es zu einem

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

Mit Schreiben vom 26. 6. 2001 teilte die Beklagte der Klägerin erneut mit, dass die Nachfrage nach Tantaldraht stark zurückgegangen und sie auf Grund des Preisverfalles nicht mehr konkurrenzfähig sei. Weiters wies die Beklagte die Klägerin darauf hin, dass sie Tantalpulver nur mit mindestens der im Auftrag vom 4. 1. 2001 genannten Qualität durch Mischen mit Pulver europäischer Provenienz als "Referenz" verwenden könne. Als "Zeichen des guten Willens" werde die (Ersatz-)Lieferung von 1150 kg akzeptiert, obwohl die Qualität nicht mit den Referenzmustern verglichen werden könne. Beim derzeit herrschenden Markt werde eine Menge von ca 3000 kg laut Referenzmustern, vermischt mit Spitzenqualität, den Bedarf der Beklagten bis April 2002 decken. Die Klägerin möge verstehen, dass die Beklagte nicht mehr als 3000 kg dieses Pulvers zum Preis von US\$ 1049,40 pro kg nehmen könne. Von diesen 3000 kg habe die Klägerin bereits 1650 kg geliefert. Am 4. 7. 2001 wurden von der Klägerin weitere 1367,10 kg Tantalpulver geliefert und von N***** Ltd am 30. 6. 2001 der Beklagten in Rechnung gestellt. Gemäß den mitgelieferten Analysen wiesen 717,1 kg dieses Tantalpulvers einen Sauerstoffgehalt von 1300 µg/g und 650 kg einen Sauerstoffgehalt von 1400 µg/g auf. Die Analysen der Beklagten ergaben Sauerstoffwerte von 1474 µg/g und 1296 µg/g. Mit Schreiben vom 12. 7. 2001, dem sie ihre Analysenbestätigung beilegte, teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie wiederum als Zeichen ihres guten Willens die betreffende Lieferung akzeptiere, obwohl die Qualität nicht den Anforderungen entspreche. Durch die Annahme dieser Lieferung mit einem Gesamtnettogewicht von 1150 kg könne die Beklagte (aber) nicht bestätigen, Qualität laut Vertrag erhalten zu haben. Darauf suchten John C***** und Chris H***** am 30. 7. 2001 die Beklagte in R***** auf. Bei diesem Besuch wurde einerseits die Marktsituation besprochen, andererseits die Qualität des Pulvers und eine Vertragsauflösung diskutiert. John C***** und Chris H***** unterbreiteten der Beklagten mehrere Vorschläge zur Lösung der Probleme, zB durch Ersatzlieferungen von anderen Materialien, die aber für die Beklagte nicht akzeptabel waren, sodass es zu keiner Einigung kam. Von Seiten der Beklagten wurde erneut erklärt, dass mit der Abnahme der letzten Lieferung der Vertrag aufgelöst sei. In einem Schreiben vom 3. 8. 2001 wies die Klägerin die Beklagte darauf hin, dass für sie, wie bereits mündlich erklärt, diese einseitige Aufkündigung nicht annehmbar sei.

In ihrem Antwortschreiben vom 16. 8. 2001 wies die Beklagte darauf hin, dass sie auf Grund des unverlässlichen Gütegrades des von der Klägerin gelieferten Materiales den Anteil dieses Pulvers in der Mischung reduzieren habe müssen und somit auch auf Grund der

schlechten Auftragslage keine Verwendungsmöglichkeit mehr für Pulver derartiger Qualität habe. Ihr Vertrauen in die Qualität des von der Klägerin gelieferten Pulvers sei dahingeschwunden.

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

Die Einkaufsbedingungen der Beklagten lauten auszugsweise wie folgt:

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

1) Angebote/Bestellungen:

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

5) Gewährleistung:

Der Lieferant übernimmt die Gewähr, dass der Liefergegenstand die vertraglich zugesicherten Eigenschaften hat, dem derzeitigen Stand der Technik entspricht, die handelsübliche Güte aufweist und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder ändern. Außerdem haftet der Lieferant, dass der Verkauf des Liefergegenstandes keine Rechte anderer verletzt und ihm keine gesetzlichen Anordnungen entgegenstehen. Auftretende Mängel im Sinne des Abs 1 berechtigen den Besteller, nach seiner Wahl entweder Austausch, Preisminderung, Mängelbeseitigung bzw Verbesserung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen und vom Vertrag zurückzutreten. ... Der Lieferant verzichtet auf den Einwand der verspäteten Mängelrüge. Die Mängelrüge ist darüber hinaus jedenfalls rechtzeitig, wenn sie binnen 2 Monaten ab Übernahme der Ware erhoben wird. ... Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der Übergabe des Liefergegenstandes an der vom Beklagten vorgeschriebenen Empfangsstelle. Für nachgebesserte oder ersetzte Liefergegenstände beginnt sie neu zu laufen....

12) Gerichtsstand, gesetzliche Vorschriften:

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

Mit der Klage beehrte die Klägerin von der Beklagten die Bezahlung von US\$ 1,574.100,-- sA sowie von weiteren US\$ 4,704.355,03 Zug um Zug gegen Lieferung von weiteren 4.482,09 kg Tantalpulver mit einer Korngröße von 180 mesh und aus denselben Bezugsquellen wie die Proben #0001T2-1 und ZCCW lot 2000-3. Dazu brachte die Klägerin

im Wesentlichen vor, der Austausch jenes Teils der Lieferung, der nach Ansicht der Beklagten einen zu hohen Sauerstoffgehalt aufgewiesen habe, gegen Tantalpulver mit niedrigerem Sauerstoffgehalt sei aus reinem Entgegenkommen erfolgt. Ein Mangel sei nicht vorgelegen, da niemals ein genauer Wert für den Sauerstoffgehalt zwischen den Parteien vereinbart worden sei. Vereinbart sei nur gewesen, dass das Tantalpulver aus einer bestimmten Bezugsquelle kommen müsse, von der auch die vor Vertragsabschluss übermittelten Proben stammten. Die Angabe der Bezugsquelle sei als Referenz für die Qualität ausreichend, da es nur so wenige Produzenten dieses Materials gebe und die Marktteilnehmer daher genau wüssten, welche Qualität aus welcher Quelle erhältlich sei. Sie, die Klägerin, sei trotz der angeblichen Mängel nicht zum Austausch der Ware aufgefordert worden. Durch das vorbehaltlose Akzeptieren von Lieferungen mit einem Sauerstoffgehalt von über 1153 (bzw 1300) µg/g durch die Beklagte sei es - selbst wenn, wie die Beklagte behaupte, die beiden Muster tatsächlich Vertragsinhalt gewesen seien - zu einer schlüssigen Vertragsänderung gekommen. Zwischen den Streitparteien habe es vor dem gegenständlichen Vertrag keine ständige Geschäftsbeziehung gegeben. Die Vertragssprache sei englisch gewesen, die - zudem in deutsch abgefassten - AGB der Beklagten seien nicht vereinbart worden. Die Beklagte beantragte Klagsabweisung. Die durch Chris H***** als Vermittler zustandegekommene Geschäftsbeziehung der Streitparteien gehe bis ins Jahr 1999 zurück. Auch Aufträge, die an N***** G***** gegeben worden seien, hätten ausschließlich die Klägerin betroffen. Auch Chris H***** sei als Vertreter von N***** Ltd für die Klägerin aufgetreten. Dieser sei bekannt gewesen, dass die Eigenschaften des Tantalpulvers, besonders der Sauerstoffgehalt von wesentlicher Bedeutung sei und sie, die Beklagte, nur Ware kaufe, die den Mustern entspreche. Im Anbot vom 2. 1. 2001 sei die Spezifikation der Ware festgelegt worden. Einer Definition, wonach das Tantalpulver nur aus den gleichen Bezugsquellen stammen müsste, aber von schlechter Qualität sein dürfte, hätte sie niemals zugestimmt. Einer derartigen Vereinbarung wäre auch gänzlich unüblich. Ihre Einkaufsbedingungen seien wirksam vereinbart worden. Da die Lieferungen der Klägerin der vereinbarten Qualität nach den festgelegten Referenzmustern nicht entsprochen hätten, habe sie schließlich schriftlich und mündlich ihren Rücktritt vom Vertrag erklärt und die trotz dieser Rücktrittserklärung erfolgte weitere Lieferung der Klägerin vom 30. 10. 2001 nicht mehr angenommen.

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

worden; es sei allerdings üblich gewesen, dass die Klägerin die Bestellungen der Beklagten akzeptiert und bestellungsgemäß geliefert habe, auch wenn sie diese nicht beantwortet habe. Es handle sich um eine die Parteien bindende Gepflogenheit iSd Art 9 UN-K.

Vertragsgrundlage zwischen den Parteien sei daher die Bestellung vom 4. 1. 2001 der beklagten Partei. Diese habe auf die Gültigkeit ihrer AGB hingewiesen, die auch Gültigkeit entfalten könnten, obwohl sie in deutscher Sprache übermittelt worden seien. Die Muster, auf die sich die Beklagte bei der Bestellung bezogen habe, hätten alle Eigenschaften der zu liefernden Ware, vor allem den maximalen Sauerstoffgehalt festlegen sollen. Die von der Klägerin gelieferte Ware sei nicht vertragsgemäß gewesen, da der Sauerstoffgehalt des gelieferten Tantalpulvers die Höchstwerte der Muster überschritten habe. Die Beklagte habe fristgemäß die Qualitätsmängel der Lieferungen der Klägerin angezeigt und den Mangel genau bezeichnet. Sie sei daher ihrer Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach Art 38 und 39 UN-K ordnungsgemäß nachgekommen. In der Annahme der Ware, die nicht der vereinbarten Qualität entsprochen habe, sei noch keine konkludente Vertragsänderung zu erblicken, da damit nicht zum Ausdruck gebracht worden sei, dass die Beklagte die Qualitätsanforderungen auf den gesamten Betrag hin bezogen ändern habe wollen. Halte man sich vor Augen, dass zwei Drittel der ersten Lieferung der Klägerin absolut unbrauchbar gewesen und ausgetauscht worden seien, während das letzte Drittel akzeptabel gewesen sei, aber nicht dem Muster entsprochen habe, dass weiters auch weder die Ersatzlieferung noch die weitere Lieferung von Ende Juni 2001 den vereinbarten Mustern entsprochen habe und dass die Beklagte auf Grund der Reise zu den chinesischen Herstellerfabriken zur Ansicht gelangt sei, dass auf Grund deren technischer Ausrüstung keine Verbesserung der Qualität zu erwarten sei, sei von einer wesentlichen Vertragsverletzung und einer rechtzeitigen Rüge auszugehen. Da ihr Vertragsrücktritt daher zu Recht erfolgt sei, sei die Beklagte weder zur Annahme und Bezahlung der Lieferung vom Oktober 2001, noch zur Abnahme der restlichen 4482,09 kg Tantalpulver verpflichtet.

Infolge Berufung der Klägerin änderte das Gericht zweiter Instanz die Entscheidung des Erstgerichtes dahin ab, dass es die Beklagte schuldig erkannte, der Klägerin 1.) US\$ 1,574.100,-- samt Zinsen und

2.) weitere US\$ 4,704.355,30 zu bezahlen, letztere Zahlung Zug um Zug gegen die Lieferung von weiteren 4482,90 kg Tantalpulver mit einer Größe von 180 mesh und aus denselben Bezugsquellen sowie mit derselben Qualität wie die Proben #0001T2-1 und ZCCW lot 2000-3 und mit einem maximalen Sauerstoffgehalt von 1299 µg/g. Die Ausführungen des Berufungsgerichtes lassen sich dahin zusammenfassen, Hong Kong, das seit 1. Juli 1997 (wieder) ein Teil des chinesischen Staatsgebietes sei, verfüge als Sonderverwaltungsregion über einen hohen Grad an Autonomie. Lediglich in Fragen auswärtiger Angelegenheiten und der Landesverteidigung sei die Zentralregierung zuständig. Völkerrechtliche Verpflichtungen und Verträge der Volksrepublik China seien dem Bereich auswärtiger Angelegenheiten zuzuordnen, sodass in diesem Bereich die Autonomie der Sonderverwaltungsregion Hong Kong eingeschränkt bzw ausgeschlossen sei. Bilaterale Verträge der Volksrepublik China und multilaterale völkerrechtliche Verträge, denen China beigetreten sei, hätten daher auch für die Sonderverwaltungsregion Hong Kong Gültigkeit. Dies habe zur Folge, dass das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf (CISG) als multilateraler völkerrechtlicher Vertrag auch für das Sonderverwaltungsgebiet Hong Kong Gültigkeit habe, da China Vertragsstaat dieses Übereinkommens sei. Auf den vorliegenden Rechtsfall seien daher die Bestimmungen des CISG (im Folgenden UN-K) anzuwenden.

Zur Frage der Einbeziehung der AGB der Beklagten in das gegenständliche Vertragsverhältnis sei auszuführen: Dem Verwender von AGB obliege es, den Text der AGB an den Erklärungsgegner zu übersenden oder zu überreichen. Insbesondere habe der Verwender dabei zu berücksichtigen, dass die Sprache des AGB-Textes mit der

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

Nach den erstinstanzlichen Feststellungen habe die Klägerin Tantalpulver zu liefern gehabt, das den Musterlosen #0001T2-1 und ZCCW Nr 2000-3 entsprochen habe. Bezogen auf den Sauerstoffgehalt bedeute dies, dass das Pulver Maximalwerte bis zu 1299 µg/g aufweisen habe dürfen. Die erste Teillieferung von 1500 kg habe diesen Grenzwert bei weitem überschritten. Auch die Ersatzlieferung von 1150 kg habe einen über dem vereinbarten Maximalwert liegenden Sauerstoffgehalt aufgewiesen. Von der zweiten Teillieferung vom Juli 2001 hätten nur rund 24 % die vertraglich vereinbarte Qualität aufgewiesen, während die restlichen 76 % des gelieferten Tantalpulvers nicht vertragsgemäß gewesen seien, da dieser Teil neuerlich einen höheren Sauerstoffgehalt aufgewiesen habe, als er den Mustern entsprechend aufweisen hätte dürfen. Über Beanstandung der Teillieferung von April 2001 durch die Beklagte habe die Klägerin diesen Teil zurückgenommen und hierfür Ersatz geliefert, wobei die Ersatzlieferung wiederum einen über den Grenzwert liegenden Sauerstoffgehalt aufgewiesen habe. Dennoch habe die Beklagte die Ersatzlieferung wie auch die weiteren nicht vertragsgemäßen Lieferungen angenommen und zur Gänze bezahlt, ohne eine iSd Art 39 Abs 1 UN-K ausreichend spezifizierte Mängelrüge zu erheben, da dem betreffenden Schreiben nicht zu entnehmen sei, welchen Qualitätsmangel die Beklagte überhaupt geltend machen wolle. Die Übersendung der Analysenbestätigungen allein reiche nicht aus, da darin ja nicht nur der Sauerstoffgehalt des Tantalpulvers, sondern auch eine Reihe anderer chemischer Werte festgehalten sei. Die Beklagte sei daher ihrer in Art 39 Abs 1 UN-K statuierten Rügepflicht nicht ausreichend nachgekommen und habe das Recht verloren, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen. Mit dem in der Berufung explizit erhobenen Einwand einer nicht ausreichend spezifizierten Mängelrüge verstoße die Klägerin entgegen der Ansicht der Beklagten nicht gegen das Neuerungsverbot, da die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht habe, trotz angeblich vorhandener Mängel nie aufgefordert worden zu sein, die gelieferte Ware auszutauschen; die Beklagte habe der Klägerin niemals die Möglichkeit zur Mängelbehebung gegeben. Mit diesem Vorbringen habe die Klägerin deutlich gemacht, dass keine bzw keine ausreichende Mängelrüge erhoben worden sei. Die Berechtigung der Beklagten, vom (weiteren) Vertrag zurückzutreten sei nach Art 73 UN-K, der den Sukzessivlieferungsvertrag betreffe, zu prüfen. Danach könne, wenn die Nichterfüllung einer Teillieferung betreffenden Pflicht durch eine der Parteien des Sukzessivlieferungsvertrages der anderen Partei triftigen Grund zur Annahme gebe, dass eine wesentliche Vertragsverletzung in Bezug auf künftige Teillieferungen zu erwarten sei, die andere Partei innerhalb angemessener Frist die

Aufhebung des Vertrages für die Zukunft erklären. Im vorliegenden Fall habe die Beklagte auch mangelhafte, weil einen zu hohen Sauerstoffgehalt aufweisende Ware angenommen und zur Gänze bezahlt. Sie habe damit der Klägerin gegenüber zu erkennen gegeben, dass die Qualität der gelieferten Ware akzeptabel sei und die objektiv vorgelegene (teilweise) Überschreitung des maximal zulässigen Sauerstoffgehaltes keine wesentliche Vertragsverletzung iSd Art 25 UN-K darstelle. Wenn daher die Beklagte die bereits bisher erbrachten Leistungen der Klägerin nicht als wesentliche Vertragsverletzung qualifiziert habe, so habe für sie kein triftiger Grund für die Annahme weiterer, in der Zukunft liegender wesentlicher Vertragsverletzungen durch die Klägerin bestanden. Es seien daher die Voraussetzungen des Art 73 Abs 2 UN-K für eine Vertragsaufhebung nicht vorgelegen, weshalb der von der Beklagten erklärte Vertragsrücktritt zu Unrecht erfolgt sei. Die Klägerin sei daher berechtigt, auf Zuhaltung des Vertrages zu beharren und das Entgelt für die bereits erbrachte dritte Teillieferung vom 30. 10. 2001 im Betrag von US\$ 1,574.100,- zu verlangen. Ebenfalls sei die Klägerin berechtigt, von der Beklagten die Bezahlung von weiteren US\$ 4,704.355,30 Zug um Zug gegen Auslieferung der noch ausständigen 4.482,90 kg Tantalpulver zu fordern. Das noch zu liefernde Tantalpulver habe, wie zwischen den Streitparteien vereinbart, einen maximalen Sauerstoffgehalt von 1299 µg/g aufzuweisen. Diese Klarstellung sei daher in den Urteilsspruch aufzunehmen gewesen. Dass die Zahlung in US\$ bedungen gewesen sei, sei nicht bestritten. Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, da zu den aufgeworfenen Rechtsfragen, nämlich des anzuwendenden Rechtes, der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie zur Frage, inwieweit trotz Genehmigung der Ware eine wesentliche Vertragsverletzung vorliegen könne, die eine Aufhebung des Vertrages nach Art 73 Abs 2 UN-K rechtfertige, eine oberstgerichtliche Rechtsprechung nicht vorliege.

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

Die Klägerin begehrt in ihrer Revisionsbeantwortung, das Rechtsmittel ihrer Prozessgegnerin zurückzuweisen oder ihm keine Folge zu geben. Die Revision ist zulässig und im Sinne des Aufhebungsantrages berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

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

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

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

Zur Rechtslage bei Geltung der Einkaufsbedingungen:

Zur sich vorweg stellenden Frage, nach welchem Recht das Problem der Einbeziehung der AGB ("Einkaufsbedingungen") der Beklagten zu beurteilen ist, wird von der Revisionswerberin zutreffend auf Art 8 des in Österreich seit 1. 12. 1998 in Geltung stehenden Übereinkommens vom 19. 6. 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ) verwiesen, dessen Anwendungsbereich sich gemäß Art 1 Abs 1 auf die kollisionsrechtliche Anknüpfung vertraglicher Schuldverhältnisse erstreckt, soweit der Sachverhalt eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist. Gemäß Art 2 kommen die Regeln des EVÜ als *loi uniforme* auch dann zur Anwendung, wenn die Verweisung in das Recht eines Nichtvertragsstaates führt (zur Ausrichtung und System des EVÜ s. etwa Ofner, Neuregelung des Internationalen Vertragsrechtes, Römisches Schuldvertragsübereinkommen, RdW 1999, 2). Da die Einkaufsbedingungen der Beklagten die Geltung österreichischen Rechts vorsehen, ist die Ansicht der Revisionswerberin zutreffend, dass die Frage ihrer Einbeziehung in das gegenständliche Vertragsverhältnis nach den Bestimmungen des UN-K zu beurteilen sei, das als Teil der österreichischen Rechtsordnung von der Rechtswahl mitumfasst wäre (vgl 1 Ob 77/01g). Ist das UN-K anwendbar, so müssen die Parteien, die seine Anwendung nicht wollen, eine entsprechende ausdrückliche oder stillschweigende Ausschlussvereinbarung treffen (Posch in Schwimann2 Art 6 UN-K Rz 3). Ein solcher Ausschluss wurde hier von keiner der Parteien behauptet. Nach hM kann das UN-K nur unter ausdrücklicher Nennung desselben abbedungen werden und stellt die Wahl nationalen (hier österreichischen) Rechtes eines UN-K-Mitgliedstaates daher selbst dann kein Abbedingen des UN-Kaufrechtes dar, wenn das UN-K in den Sitzstaaten beider Vertragspartner in Geltung steht (1 Ob 77/01g mwN; Lurger, Die neuere Rechtsprechungsentwicklung zum UN-Kaufrechtsübereinkommen, JBl 2002, 750; Posch, ZfRV 1999, 65, Glosse zu 2 Ob 328/97t; aM Wilhelm, *ecolex* 1998, 693).

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

Der erkennende Senat hat dazu erwogen:

Für die Einbeziehung standardisierter Geschäftsbedingungen wie die gegenständlichen Einkaufsbedingungen der Beklagten stellt das UN-K keine besonderen Voraussetzungen auf (10 Ob 518/95; Schlechtriem in Schlechtriem Art 14 Rn 16). Die erforderlichen Regeln sind daher, soweit es sich um Kaufrechtsmaterien handelt, aus Art 8 UN-K (Schlechtriem aaO mwN) bzw nach den Art 14 ff UN-K, die das äußere Zustandekommen des Vertrages abschließend regeln, zu entwickeln (10 Ob 518/95, ZfRV 1996, 248 unter Hinweis auf Pitz, Internationales Kaufrecht, Rz 75 zu § 5). Demnach müssen die AGB, um in einen Vertrag

einbezogen werden zu können, nach dem dem Adressaten erkennbaren Willen der erklärenden Partei (Art 8 Abs 1 und 2 UN-K) Bestandteil des Angebotes geworden sein. Dies kann durch einen entsprechenden Hinweis und auch stillschweigend geschehen (vgl 7 Ob 2407/96p mwN) oder sich auf Grund der Verhandlungen zwischen den Parteien oder aus einer zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheit iSd Art 9 Abs 1 UN-K ergeben (10 Ob 518/95).

Das Berufungsgericht hat weitere Erwägungen in diesem Sinne, insbesondere, ob zwischen den Streitparteien in diesem Zusammenhang eine Gepflogenheit vorlag, für entbehrlich gehalten, weil es - der von Ventsch und Kluth, Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen des UN-Kaufrechtes, IHR 2003, 61 vertretene Ansicht folgend - meinte, die Einbeziehung der der Klägerin oder deren Agenten (auf der Rückseite der Bestellungen) zugemittelten Einkaufsbedingungen in das vorliegende Vertragsverhältnis sei im Hinblick darauf, dass sie nicht in der Vertragssprache englisch, sondern in deutsch abgefasst waren, jedenfalls zu verneinen.

Dieser generalisierenden Auffassung, wonach die Abfassung von AGB in einer anderen als der Vertragssprache (oder der Sprache des Adressaten) eine Einbeziehung in das Vertragsverhältnis grundsätzlich verhindere, vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen: Ob AGB als Bestandteil des Angebotes des erklärenden Vertragspartners anzusehen sind, hängt davon ab, ob ihre gewollte Einbeziehung für den Adressaten erkennbar und ihm auch zumutbar ist. Beides, sowohl die Erkennbarkeit als auch die Zumutbarkeit, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Die Erkennbarkeit, nur zu den Konditionen seiner eigenen AGB kontrahieren zu wollen, setzt eine diesbezügliche unmissverständliche Willenserklärung des Verwenders der AGB voraus. Ein Hinweis auf Geschäftsbedingungen, die der Offerte nicht beigefügt sind, muss daher so deutlich sein, dass eine vernünftige Person "in den Schuhen des Empfängers" (so Schlechtriem aaO mit Hinweis auf Art 8 Abs 2 UN-K) ihn versteht. Nach den aus Art 8 UN-K entwickelten Regeln können aber schon auf Grund der Verhandlungen zwischen den Parteien oder der zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten (Art 8 Abs 3 UN-K) AGB einer Seite Bestandteil der Offerte sein (Schlechtriem aaO). Der Adressat muss allerdings auch in der Lage sein, den Inhalt der AGB kennen zu lernen, da eine "vernünftige Person" "in der Art des Empfängers" den Erklärungsinhalt "unter den gleichen Umständen aufgefasst" haben muss, also jedenfalls eine Kenntnis- und damit Verständnismöglichkeit gehabt haben muss. Was man vernünftigerweise nicht kennen kann, kann man auch nicht verstehen und auslegen (Schlechtriem aaO mwN). Dabei kann auch die Sprache, in der auf AGB verwiesen wird und in der sie abgefasst sind, Bedeutung gewinnen (Schlechtriem aaO mwH; vgl auch Melis in Honsell, Komm UN-Kaufrecht Rn 7 zu Art 8).

Die deutsche Rechtsprechung bejaht eine wirksame Einbeziehung der für den Vertragspartner fremdsprachigen AGB trotz dessen Sprachkenntnis, wenn in der Verhandlungs- und Vertragssprache auf die AGB hingewiesen wurde und der Vertragspartner eine uneingeschränkte Annahmeerklärung abgegeben hat (Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht⁶ Art 17 Rz 34 mit dt Judikaturnachweisen). Dieser Auffassung hat sich der Oberste

Gerichtshof in der Entscheidung 7 Ob 176/98b, JBl 2000, 121 = RdW

1999, 723 = ecoclex 1999/329 = ÖJZ-LSK 1999/266 (in der es um eine in AGB enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung ging, wobei die AGB dort allerdings in der Vertragssprache verfasst waren) ausdrücklich angeschlossen.

Kriterien dafür, ob dem Adressaten das Verständnis der ihm - wie hier - in einer anderen als seiner Muttersprache oder der Vertragssprache oder sonst geläufigen Sprache übermittelten AGB zugesonnen werden kann, weil ihm etwa auch die Herstellung einer Übersetzung zumutbar ist, sind wohl die Länge, Intensität und Bedeutung der geschäftlichen Beziehung

sowie auch die Verbreitung der verwendeten Sprache im betreffenden Kulturkreis. Je intensiver und wirtschaftlich bedeutsamer eine Beziehung ist, umso eher wird jemand, der seinem Geschäftspartner durch entsprechende Hinweise und wiederholte Übersendung seiner nicht in der Vertragssprache abgefassten AGB unmissverständlich zu erkennen gegeben hat, dass er nur zu diesen Bedingungen kontrahieren möchte, erwarten können, dass sich der Geschäftspartner, falls dies notwendig ist, entweder selbst um eine Übersetzung bemüht oder ihn zur Übermittlung auch einer Übersetzung auffordert. Stadler, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handel, 86, hält es - deutschem Schrifttum folgend - für ausreichend, wenn AGB in einer Sprache, die der Vertragspartner beherrscht oder in einer Weltsprachenversion übersendet werden. Bei international tätigen Unternehmen müsse der Vertragspartner der Fassung der AGB in einer Weltsprache unverzüglich wegen mangelnder Sprachkenntnis widersprechen, jedenfalls, wenn die Kenntnis dieser Weltsprache nicht fernliegend sei. Dem ist beizupflichten, wobei Deutsch nach Englisch und Französisch wohl auch als Weltsprache angesehen werden kann.

Betrachtet man den vorliegenden Fall unter diesen Gesichtspunkten, so kommt den Sachverhaltsfeststellungen, wonach die Beklagte die Klägerin wiederholt in ihren Bestellschreiben in der Vertragssprache englisch auf ihre auf der Rückseite in deutsch abgedruckten Einkaufsbedingungen hingewiesen hat, Bedeutung zu. Bedeutsam erscheint auch der finanzielle Umfang des klagsgegenständlichen Geschäftes von insgesamt über 7 Mio EUR. Was die Frage des "Sprachrisikos" anlangt, ist auch erwähnenswert, dass zwar nicht Vater und Sohn C*****, aber doch Chris H***** (was der Klägerin auf Grund der festgestellten langjährigen Geschäftsbeziehung mit ihm wohl bekannt sein musste) ohnehin der deutschen Sprache mächtig ist, wobei der Genannte der Klägerin nicht nur, weil er für sie als Geschäftsvermittler auftrat, in diesem Zusammenhang zuzurechnen ist, sondern insbesondere auch deshalb, weil er für sie und ihre Agentin N***** G***** agierte.

Da wie betont insbesondere auch Länge und Intensität der Geschäftsbeziehung und dabei entwickelte Gepflogenheiten maßgebliche Kriterien darstellen können, ist in diesem Zusammenhang von Interesse, ob - wie die Beklagte behauptet hat - diese bereits zuvor mit der Klägerin bzw einer der für sie agierenden Gesellschaften Geschäfte abgewickelt hat, denen die Einkaufsbedingungen der Beklagten zugrundegelegt wurden. Weiters können von der Beklagten behauptete frühere geschäftliche Kontakte auch hinsichtlich der Frage von Bedeutung sein, ob sich zwischen den Streitteilen - wie das Erstgericht angenommen hat - eine Gepflogenheit dahin entwickelte, dass die Klägerin die Bestellungen der Beklagten akzeptiert hat, auch wenn diese von ihr nicht unterfertigt bzw beantwortet wurden. Da das Berufungsgericht die Relevanz dieser Umstände nicht erkannt und sich mit dem betreffenden Beweisanbot der Beklagten nicht beschäftigt hat, liegt der in diesem Zusammenhang geltend gemachte sekundäre Feststellungsmangel vor. Um die Frage der Einbeziehung der Einkaufsbedingungen der Beklagten in das vorliegende Vertragsverhältnis verlässlich beantworten zu können, wird daher eine entsprechende Verfahrensergänzung vorgenommen werden müssen. Auf vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang noch angestellte Überlegungen, was zu gelten habe, wenn die Vertragsparteien jeweils ihre eigenen, voneinander divergierenden AGB verwendeten ("Battle of Forms"), muss nicht eingegangen werden, da eine solche Konstellation hier nicht festgestellt wurde.

Sollten die Einkaufsbedingungen der Beklagten, die für den Fall der Mangelhaftigkeit der Leistungen des Lieferanten ein Rücktrittsrecht der beklagten Bestellerin vorsehen, Vertragsinhalt geworden sein, führt dies zur Frage, ob die Lieferungen der Klägerin im Sinne des Abs 1 des Punktes 5. der Lieferbedingungen mangelhaft waren und die Beklagte gemäß Abs 2 dieses Punktes zum Rücktritt berechtigten. Fraglich könnte dies im Hinblick auf den festgestellten zu hohen Sauerstoffgehalt des von der Klägerin gelieferten Tantalpulvers nur insofern sein, als die Beklagte die bis zu ihrer Rücktrittserklärung erfolgten Lieferungen ja mit einer Ausnahme stets angenommen hat. Schon das

Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass die gegenständliche Vereinbarung über den Kauf von 9000 kg Tantalpulver einen Sukzessivlieferungsvertrag darstellt, weshalb der die Gewährleistung und insbesondere auch das Rücktrittsrecht betreffende Punkt 5. der Einkaufsbedingungen der Beklagten iSd Art 73 UN-K auszulegen sein müsste.

Das Berufungsgericht hat einen rechtswirksamen Vertragsrücktritt verneint, weil es die Rechtsansicht vertrat, die Beklagte habe die ihr gelieferte Ware jedenfalls genehmigt; in der objektiv vorgelegenen Überschreitung des maximal zulässigen Sauerstoffgehalts sei daher keine wesentliche Vertragsverletzung zu erblicken.

Dem wird von der Revisionswerberin zu Recht widersprochen: Nach den erstgerichtlichen Feststellungen hat die Beklagte die Klägerin immer wieder auf die vereinbarte Spezifikation hingewiesen und die Frage der Klägerin, ob auch ein Sauerstoffgehalt von 1400 µg/g akzeptabel wäre, verneint. Die Beklagte hat weiters die chinesischen Herstellerfirmen aufgesucht, um sich - wie die Klägerin wusste - zu vergewissern, ob diese Ware der vereinbarten Spezifikation zu liefern imstande seien. Wiederholt hat die Beklagte zu hohen Sauerstoffgehalt aufweisendes Tantalpulver ausdrücklich nur "als Zeichen ihres guten Willens" angenommen, die Klägerin aber jeweils ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass die Qualität nicht mit den Referenzmustern verglichen werden könne und nicht den Anforderungen entspreche und daher nicht bestätigt werden könne, Qualität laut Vertrag erhalten zu haben. Bedenkt man all dies, so kann der Beklagten - auch wenn sie ihr von der Klägerin geliefertes Tantalpulver, das durch Mischen mit höherwertigem für sie noch verwendbar war (offenbar mangels Alternativen) behielt - nicht unterstellt werden, die betreffenden Lieferungen der Klägerin als vertragsgemäß angesehen und akzeptiert zu haben.

Davon, dass sich die Beklagte, wie das Berufungsgericht meint, also schlüssig damit einverstanden erklärt hätte, dass auch die noch ausstehenden, klagsgegenständlichen insgesamt 5982,09 kg Tantalpulver nicht der vereinbarten Spezifikation entsprechen müssten, sondern einen wesentlich höheren Sauerstoffgehalt aufweisen dürften, kann unter diesen Umständen gar keine Rede sein. Da die Klägerin trotz wiederholter diesbezüglicher Einwände und Rügen der Beklagten entgegen ihren wiederholten Zusicherungen immer wieder nicht der vereinbarten Spezifikation entsprechendes Tantalpulver geliefert hatte, war - wie die Revisionswerberin daher zu Recht geltend macht - nach den festgestellten Umständen auch hinsichtlich der Restmenge von 5982,09 kg neuerlich Schlechtlieferung zu befürchten. Nach dem festgestellten Inhalt der Schreiben bzw Faxe der Beklagten an die Klägerin samt den unter einem übersendeten Analysen konnte für die Klägerin kein Zweifel daran bestehen, dass der zu hohe Sauerstoffgehalt des gelieferten Tantalpulvers von der Beklagten bemängelt wurde. Die Auffassung des Berufungsgerichtes, die Beklagte habe eine entsprechende Mängelrüge unterlassen, kann deshalb nicht gebilligt werden. Dahingestellt bleiben kann, ob der demnach unberechtigte Einwand der Klägerin, die Beklagte habe eine nicht ausreichend spezifizierte Mängelrüge erhoben, gegen das Neuerungsverbot des § 482 ZPO verstößt.

Sollten die Lieferbedingungen der Beklagten Vertragsbestandteil geworden sein, wäre der Vertragsrücktritt der Beklagten daher zu Recht erfolgt. Dass, worauf die betreffenden Hinweise auf die negative Preisentwicklung in den Schreiben der Beklagten vom 19. 3., 12. 4. und 12. 6. 2001 hindeuten, diese auch durch den Preisverfall von Tantalpulver motiviert worden sein mag, von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen, könnte daran nichts ändern.

Bereits für entscheidungsreif in klagsabweislichem Sinne hält die Revisionswerberin das Begehren auf Zuspruch von US\$ 4,704.355,30 Zug um Zug gegen die Lieferung von 4482,90 kg Tantalpulver, weil das Berufungsgericht durch die von der von der Formulierung in der Klage abweichende Spezifizierung des Tantalpulvers gegen § 405 ZPO verstoßen

habe.

Richtig an den betreffenden Revisionsausführungen ist, dass die vom Berufungsgericht vorgenommene Spezifizierung der Zug-um-Zug-Leistung gegenüber der von der Klägerin ausdrücklich bereits mit dem Urteilsantrag angebotenen (zum Meinungsstreit, ob ein Angebot des Klägers zur Erbringung der Gegenleistung überhaupt Voraussetzung für eine Zug-um-Zug-Verurteilung ist, s etwa Aicher in Rummel3 Rz 16 zu § 1052 mwN) nicht bloß ein minus, sondern ein aliud darstellt. Demnach war es dem Berufungsgericht verwehrt, eine derartige Abänderung ohne weiteres vorzunehmen.

Dies führt aber nicht zwingend zur Abweisung des betreffendes Klagebegehrens. Nach stRsp muss nur die endgültige Verweigerung der Zug-um-Zug geschuldeten Gegenleistung zur Abweisung der Klage führen (Aicher aaO Rz 17 zu § 1052 mit Judikaturnachweisen). Die bloße Bestreitung der betreffenden Gegenleistung ist nicht als endgültige Weigerung der klagenden Partei anzusehen, die Zug-um-Zug geschuldete Leistung zu erbringen (vgl schon HS 7287; 8 Ob 55/02z, RIS-Justiz RS0020987 [T 3]; Aicher aaO Rz 17 zu § 1052 mwN). Dem zur Zug-um-Zug zu erbringenden Gegenleistung Verpflichteten (hier der Klägerin) ist daher die Möglichkeit zur Äußerung zu geben, ob die tatsächlich zu erbringende Gegenleistung weiterhin, also auch dann verweigert werde, wenn sich – wie hier – herausstellt, dass diese und nicht die angebotene geschuldet wird. Insofern liegt hinsichtlich der Frage der Zug-um-Zug-Leistung ein Erörterungsmangel vor, der behoben werden muss. Sollte sich die Klägerin im also auch deshalb fortzusetzenden Verfahren nach entsprechender Erörterung bereit erklären, die restlichen 4482,90 kg Tantalpulver in der vereinbarten, vom Erstgericht festgestellten Spezifikation zu liefern, würde die betreffende Forderung das Schicksal des Begehrens auf Zahlung von US\$ 1,574.100 teilen; wenn nicht, wäre das Begehren auf Zahlung von US\$ 4,704.355,30 jedenfalls abzuweisen.

Die Revisionswerberin bemängelt auch noch, dass es das Berufungsgericht unterlassen habe, zur - für den Fall, dass die Einkaufsbedingungen der Beklagten nicht Vertragsinhalt geworden wären, relevanten - Frage, welches Sachrecht ohne Rechtswahl anzuwenden wäre, entsprechende Recherchen anzustellen; auch insoweit liege ein Verfahrensmangel (richtig sekundärer Feststellungsmangel) vor. Die Revisionswerberin widerspricht in diesem Zusammenhang der Ansicht des Berufungsgerichtes, da Hong Kong in Fragen auswärtiger Angelegenheiten nicht autonom sei, müssten multilaterale Verträge, denen China beigetreten sei, auch für die Sonderverwaltungsregion Hong Kong gelten und daher ua auch das UN-K anwendbar sein. Die Beklagte legt dazu mit der Revisionsschrift ein in englischer Sprache verfasstes Schreiben des "Chefs" der Vertragsabteilung der Vereinten Nationen, Büro für rechtliche Angelegenheiten, vom 12. 8. 2003 samt beglaubigter Übersetzung vor, wonach China mit Mitteilung vom 20. 6. 1997 den Generalsekretär der Vereinten Nationen über jene Verträge informiert habe, deren Partner es sei und die mit Wirkung ab 1.7.1997 auf die spezielle Verwaltungsregion Hong Kong zur Anwendung kommen würden. In dieser Mitteilung sei das UN-K (die "Konvention der Vereinten Nationen über Verträge für den Internationalen Warenverkauf aus dem Jahr 1980") nicht angeführt. China habe die erwähnte Konvention als solche nicht auf die spezielle Verwaltungsregion Hong Kong angewandt. Weiters legte die Revisionswerberin ein Schreiben des österreichischen Stellvertretenden Handelsdelegierten in Hong Kong Dr. Ernst K***** vor, in dem dieser mitteilt, die zuständige Abteilung für Internationales Recht der Hong Konger Justizbehörden habe ihn dahin informiert, dass Hong Kong nicht Mitglied der UNCITRAL sei. Die anlässlich der Übergabe Hong Kongs abgegebene gemeinsame chinesisch-britische Erklärung (Sino-Britisch Joint Declaration) habe sich ua auch über die Anwendbarkeit von internationalen Abkommen in Hong Kong ausgesprochen, denen zum Zeitpunkt der Übergabe nur die Volksrepublik China, nicht aber auch Hong Kong angehört hätten. Die Zentralregierung der Volksrepublik China habe für im Rahmen von UNCITRAL geschlossene Abkommen eine betreffende Entscheidung bisher nicht gefällt.

Die Revisionswerberin kommt daher zur Ansicht, dass das UN-K in Hong Kong nicht Anwendung finde und der vorliegende Rechtsfall (nur) im Falle der Geltung ihrer Einkaufsbedingungen auf Grund der darin getroffenen Rechtswahl nach dem UN-K zu beurteilen sei. Die Echtheit der von der Beklagten vorgelegten Urkunden vorausgesetzt, wäre dem wohl beizupflichten. Der Klägerin wäre daher Gelegenheit zu geben, zu den Urkunden Stellung zu nehmen. Allenfalls werden im Sinne des § 4 Abs 1 IPRG noch ergänzende Recherchen angestellt werden müssen. Sollte von den Parteien mangels Geltung der Einkaufsbedingungen der Beklagten keine Rechtswahl getroffen worden sein, unterliegt der gegenständliche Vertrag gemäß Art 4 EVÜ dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Darüber, dass dies nach den Bestimmungen des Abs 2 des zitierten Artikels der EVÜ die nach Art 19 Abs 1 EVÜ als Staat geltende chinesische Sonderverwaltungsregion Hong Kong ist, kann keinerlei Zweifel bestehen. Im Hinblick auf die in Hong Kong noch bis 2047 bestehende weitgehende Autonomie (vgl Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 131. Lieferung, Hong Kong,

3) wäre der gegenständliche Vertrag daher nach dem Partikularrecht der Sonderverwaltungsregion Hong Kong zu beurteilen. Falls dieses entsprechend der Meinung der Revisionswerberin die Anwendung des UN-Kaufrechts nicht vorsähe, müssten auf den vorliegenden Rechtsfall demnach das Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People`s Republic of China (Bergmann/Ferid/Henrich aaO), das aus der Zeit vor dem 1. 7. 1997 übernommene Recht, das von den gesetzgebenden Organen der Sonderverwaltungsregion Hong Kong neu geschaffene Recht oder bestimmte vom nationalen Volkskongress der Volksrepublik China oder von seinem ständigen Ausschuss erlassene Gesetze, die nicht in den Autonomiebereich der Region fallen (vgl Bergmann/Ferid/Henrich aaO, 7), angewendet werden. Die betreffenden Rechtsnormen wären dann - allenfalls auch unter Mitwirkung der Parteien und durch Einholung von Auskünften des Bundesministeriums für Justiz - gemäß § 4 Abs 1 IPRG von Amts wegen zu ermitteln. Im aufgezeigten Sinne sind demnach noch Verfahrensergänzungen erforderlich. Da deren notwendiger Umfang noch nicht bestimmbar bzw absehbar ist, erscheint es zweckmäßig, nicht das Berufungsgericht, sondern das Erstgericht damit zu beauftragen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.