

# TE OGH 1987/1/27 2Ob678/86

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.01.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Scheiderbauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kralik, Dr. Melber, Dr. Huber und Dr. Egermann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Fa. C\*\*\* S.p.A., I-38026 Fucine di Ossana, vertreten durch Dr. Helga Hönel-Jakoncig, Dr. Veronika Staudinger, Rechtsanwälte in Innsbruck, wider die beklagte Partei Firma S\*\*\*-Produktions- und Werbegesellschaft m.b.H., Bundesstraße 2, 6040 Innsbruck, vertreten durch Dr. Hermann Graus, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen S 345.086,60 s.A., infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 9. Juli 1986, GZ 5 R 194/86-49, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 9. Mai 1986, GZ 16 Cg 84/82-44, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschuß

gefaßt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen, das auf die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens gleich weiteren Verfahrenskosten Bedacht zu nehmen haben wird.

## Text

Begründung:

Die Klägerin begeht einen Betrag von S 345.086,60 samt Zinsen für die Lieferung von PVC-Material für die Herstellung von Skipässen. Die von der Beklagten behaupteten Mängel seien auf unsachgemäße Bedruckung des Materials zurückzuführen, die Mängelrüge sei verspätet erfolgt.

Die Beklagte brachte vor, das von der Klägerin gelieferte Material habe nicht den bedungenen Eigenschaften entsprochen, die Skipässe seien bei Gebrauch zerbrochen. Ein Teil des Materials sei brauchbar gewesen. Es werde Preisminderung auf S 119.819,51 geltend gemacht, was dem Lieferpreis der verbrauchten Folie entspräche. Hinsichtlich der übrigen Folie werde Wandlung begeht. Überdies sei durch die mangelhafte Qualität der gelieferten Platten und der dadurch notwendig gewordenen Neuanfertigung von Skipässen ein Schaden entstanden, der S 450.000,-- übersteige und aufrechnungsweise gegen die Klagsforderung eingewendet werde. Das Erstgericht sprach aus, daß die Klagsforderung mit S 120.267,96 zu Recht und die Gegenforderung bis zu dieser Höhe ebenfalls zu Recht bestehe und wies das Klagebegehren ab. Aus den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen ist folgendes hervorzuheben:

Zwischen dem Vertreter der Klägerin in Österreich, der Firma S\*\*\* in Kaprun, und der Beklagten wurden Gespräche

über siebdruckfähiges, kälteschlagzähes, gut stanzbares und UV-stabilisiertes Material für die Herstellung von Skipässen geführt. Aufgrund eines Anbotes der Firma S\*\*\* bestellte die Beklagte mit einem an die Firma S\*\*\* gerichteten Fernschreiben vom 23. Juli 1980 PVC-Platten für Skipässe, UV-stabilisiert und kälteschlagzäh. Die Beklagte überprüfte das ihr in der Folge von der Klägerin gelieferte Material nur optisch, es wurde auch etwas an der Folie gekratzt, um zu sehen, ob die Farbe hält. Weitergehende Warenkontrollen wurden nicht vorgenommen. Am 22. August 1980 fragte die Beklagte bei der Firma S\*\*\* wegen einer weiteren Menge des Materials an, aufgrund eines im Namen der Klägerin von der Firma S\*\*\* gemachten Anbotes bestellte die Beklagte mit einem an die Firma S\*\*\* gerichteten Fernschreiben das weitere Material mit der Beifügung "wie bereits geliefert". Auch anlässlich der neuerlichen Lieferung nahm die Beklagte keine besondere Prüfung der gelieferten Folien vor. Eine solche ist auch nicht branchenüblich. Die Beklagte stellte aus dem ihr von der Klägerin gelieferten Material von August 1980 bis kurz vor Weihnachten 1980

Skipässe für elektronisch abrechnende Großliftunternehmungen her. Zu diesem Zweck wurden die PVC-Folien im üblichen Siebdruckverfahren bedruckt und im jeweils gewünschten Format gestanzt. Nach Auslieferung stellte sich bereits Anfang November 1980 heraus, daß die Liftkarten nicht die geforderten Eigenschaften aufweisen, da sie zu wenig schlagzäh waren und bei Temperaturen von -20 ° brachen. Dieser Umstand wurde der Klägerin aufgrund der unverzüglichen Rüge der Beklagten von der Firma S\*\*\* mit Fernschreiben vom 10. November 1980 mitgeteilt. Die Klägerin teilte der Firma S\*\*\* mit, sie habe Tests durchgeführt und keine Fehler des Materials gefunden. Eine kälteschlagzähhere Qualität konnte sie nicht anbieten. Der Beklagte war es nicht möglich, kurzfristig Material von anderen Firmen zu erhalten. Sie überprüfte das von der Klägerin gelieferte Material stichprobenartig in der Tiefkühltruhe bei -24 °, wobei sich herausstellte, daß es sehr schlechtes und etwas beständigeres Material gibt. Da die Beklagte keine Ersatzlieferungen erhalten konnte, produzierte sie aus dem besseren Material neue Skipässe. Sie mußte insgesamt Lieferungen zu S 932.667,84 nochmals durchführen. Aus diesem Grund mußte sie neue Aufträge teilweise ablehnen. Ursache für die mangelnde Festigkeit der Folien bzw. ihre Brüchigkeit war die Bearbeitung. Die negativen Eigenschaften entstanden erst durch das Bedrucken und die Farbe. Die Beklagte hatte schon zwei Jahre früher mit dem Bedrucken von Skipässen begonnen. Sie hat auch getestet, welche Farben sich am besten eignen und die größte Kälte vertragen. Es hat sich dabei herausgestellt, daß sich die "Pröllfarben" am besten zu diesem Zweck eignen. Allgemein ist es nicht üblich, daß Kunststofffolienhersteller bestimmte Farben für die Bedruckung empfehlen. Es kommt höchstens vor, daß aus Erfahrung entsprechende Empfehlungen hinsichtlich des Bedruckens abgegeben werden. Es ist jedoch möglich, daß der Hersteller bei der Forderung von gewissen Eigenschaften, die eine Folie aufweisen soll, diese auch herstellen kann. Es ist durchaus möglich, bei gewissen geforderten Eigenschaften, wie etwa "UV-stabilisiert, für das Siebdruckverfahren geeignet und kältebeständig" eine solche Folie von der Zusammensetzung her zu erzeugen. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin nicht eine spezielle Bedruckung des Materials empfohlen oder vorgeschrieben bzw. mitgeteilt, daß mit bestimmten Farben eine Bedruckung nicht erfolgen sollte. Das für die Ersatzlieferung verwendete Material hat einen Wert von S 120.267,96. Der der Beklagten für die zweimalige Anfertigung der Skipässe erwachsene Aufwand übersteigt S 600.000,--. Das Material, das die Beklagte nicht verwendete - die Menge konnte nicht mehr festgestellt werden -, wurde der Klägerin zur Verfügung gestellt, die Klägerin wurde aufgefordert, das Material abzuholen, was die Klägerin jedoch nicht tat. Nachdem die Beklagte das Material drei Jahre lang aufbewahrt hatte, warf sie es anlässlich einer Betriebsübersiedlung weg.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahin, mangels einer Rechtswahl wäre gemäß § 36 IPRG das Recht des Lieferanten, also italienisches Recht, anzuwenden. Gemäß § 5 IPRG seien jedoch auch die Verweisungsnormen der fremden Rechtsordnung anzuwenden. Die italienische Rechtsordnung verweise auf das österreichische Recht zurück, weil Italien Vertragsstaat des Haager Übereinkommens vom 15. Juni 1955 über das auf zwischenstaatliche Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht sei. Gemäß § 3 Abs 2 dieses Abkommens unterstehe ein Kaufvertrag dem innerstaatlichen Recht des Landes, in dem der Käufer seine Geschäftsniederlassung besitzt, sofern die Bestellung in diesem Land vom Verkäufer oder seinem Vertreter, Agenten oder Handelsreisenden entgegengenommen wurde. Die Firma S\*\*\* sei diesem Personenkreis zuzurechnen, weshalb österreichisches Recht anzuwenden sei. Da es sich um ein Handelsgeschäft gehandelt habe, sei die Beklagte, soweit nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang tunlich, verpflichtet gewesen, die Ware unverzüglich zu untersuchen und dem Verkäufer von einem Mangel Anzeige zu machen. Im vorliegenden Fall sei es jedoch weder branchenüblich noch Pflicht der Beklagten gewesen, die Ware über die optische Kontrolle hinaus zu untersuchen. Die Beklagte habe daher ihre Verpflichtung nach § 377 HGB eingehalten. Das Material, das brauchbar gewesen sei, müsse die Beklagte allerdings bezahlen, im Umfang von S 120.267,96 bestehe das Klagebegehren daher zu Recht. Bezüglich des Restes könne die

Beklagte Wandlung begehen, müsse aber die fehlerhafte Folie zurückstellen. Soweit die Beklagte die Ware, deren Unbrauchbarkeit sich erst nach dem Bedrucken herausgestellt habe, verkauft habe, könne sie der Rückstellungsverpflichtung nicht mehr entsprechen, sie sei als redlicher Bereicherungsschuldner zu betrachten. Hingegen habe die Beklagte der Klägerin das nichtverarbeitete unbrauchbare Material zur Verfügung gestellt und diese aufgefordert, das Material abzuholen. Da die Klägerin dem nicht entsprochen habe, könne der Beklagten kein Vorwurf gemacht werden, daß sie das Material nach Ablauf von drei Jahren wegwarf. Im übrigen habe die Klägerin den Schaden der Beklagten verschuldet, da sie eine Warnpflicht getroffen habe, daß sich die Eigenschaften der Folie unter dem Einfluß von handelsüblichen Siebdruckfarben ändern können. Der Höhe nach feststellen lassen habe sich nur der Schaden, den die Beklagte erlitten habe, weil sie zur zweiten Anfertigung der Skipässe Arbeitsstunden und Farben neuerlich zur Verfügung habe stellen müssen und durch das Numerieren und Stanzen der Liftkarten weitere Kosten entstanden seien. Da dieser Aufwand mehr als S 600.000,- betrage, und die Klagsforderung weit übersteige, erübrige sich eine exakte ziffernmäßige Erfassung des Anspruches auf Wandlung, weil das Klagebegehren auch abgewiesen werden müsse, wenn die gesamte Klagsforderung zu Recht bestünde.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin nicht Folge. Es übernahm den schon vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt und führte in rechtlicher Hinsicht im wesentlichen aus:

Da die Firma S\*\*\* Vertreter der Beklagten (und nicht wie in der Berufung behauptet nur "Briefträger") gewesen sei, sei österreichisches Recht anzuwenden, weil das gemäß § 36 IPRG anzuwendende italienische Recht auf das österreichische Recht zurückverweise, da Italien dem Haager IPR Kaufrechtsabkommen beigetreten sei. Die Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge im Sinne des § 377 HGB hänge davon ab, ob es sich um einen "offenen" oder "verdeckten" Mangel gehandelt habe. Die Art der Untersuchung, die dem Käufer gemäß § 377 HGB obliege, ergebe sich aus der Art der Ware, dem Handelsbrauch und der im Geschäft des Käufers herrschenden Übung. Die Untersuchung dürfe nicht oberflächlich sein, müsse mit fachkundiger Sorgfalt vorgenommen werden, brauche aber nicht peinlich genau sein. Die nur sachkundig erkennbaren Mängel seien grundsätzlich verborgene, doch gehöre zu einer sachgemäßen Untersuchung unter Umständen auch die Zuziehung eines Sachverständigen. Über die Notwendigkeit sachverständiger Untersuchung entscheide die objektive Sachlage und die allgemeine Verkehrsanschauung. Die festgestellten Mängel der Folie seien bei einer normalen Besichtigung bzw. händischen Überprüfung nicht erkennbar gewesen. Sie wären nur dann entdeckt worden, wenn ein Produkt angefertigt worden und unter simulierten winterlichen Verhältnissen auf seine Eignung für die bei Liftanlagen verwendeten üblichen Geräte geprüft worden wäre. Es würde eine Überspannung der Rügepflicht bedeuten, wenn man von der Beklagten eine derartige Untersuchung verlangte. In diesem Rahmen gewinne auch die Feststellung Bedeutung, daß eine derartige Untersuchung nicht branchenüblich sei. Eine Kunststofftechnische Untersuchung wäre schon wegen des damit verbundenen Zeitaufwandes nicht in Frage gekommen. Da es bei dem ebenfalls von der Firma S\*\*\* vermittelten Material eines anderen Unternehmens keine Probleme gegeben habe, habe die Beklagte keinen Grund gehabt, geheime Mängel zu vermuten. Zutreffend habe das Erstgericht auch eine Warnpflicht der Beklagten angenommen. Der Klägerin sei bekannt gewesen, daß aus den Folien zu bedruckende Skipässe hergestellt werden sollten. Nach der Bedruckung mit üblichem Siebdruckverfahren hätten die Liftkarten nicht mehr die geforderten Eigenschaften gehabt. Es wäre der Klägerin möglich gewesen, den Anforderungen der Beklagten gerecht werdende Materialien zu liefern, wobei sie sich nach der Siebdruckmethode der Beklagten hätte erkundigen müssen, jedenfalls wäre sie aber verpflichtet gewesen, die Beklagte auf mögliche beim Siebdruckverfahren auftretende Komplikationen hinzuweisen und allenfalls Probedrucke zu empfehlen. Als Erzeugerin und Verkäuferin der PVC-Folien habe sie im Gegensatz zur Beklagten für ein entsprechendes Spezialwissen einzustehen. Das Wandlungsbegehren des Käufers bestehe auch, wenn die gelieferte Ware zufällig untergegangen, verarbeitet oder in Unkenntnis des Mangels veräußert worden sei. Im Fall einer so herbeigeführten Rückstellungsunmöglichkeit setze das Wandlungsbegehren die Bereitschaft des Käufers zur Wertvergütung nicht voraus. Der Wandelnde werde nur im Fall seiner Sorgfaltswidrigkeit schadenersatzpflichtig. Eine solche Sorgfaltswidrigkeit sei der Beklagten nicht anzulasten. Sie habe das Material der Klägerin zur Verfügung gestellt. Zur Einlagerung auf eigene Kosten bzw. zum Selbsthilfeverkauf gemäß § 379 HGB sei sie nicht verpflichtet gewesen, da es sich um mangelhafte und damit entsprechend geringwertige Folien gehandelt habe, die nur 15-20 % der gesamten Lieferung ausgemacht hätten. Die Kosten einer Verwahrung wären wohl in keinem Verhältnis zum Warenwert gestanden. Entgegen der Ansicht der Klägerin sei auch der Wandlungsanspruch berechtigt. Die an die Firma S\*\*\* als Vertreterin der Klägerin gerichtete Mängelrüge habe den Erfordernissen des § 377 HGB entsprochen. Der festgestellte Mangel sei wesentlich, da die zugesicherten, für die vorgesehene Verwendung erforderlichen

Eigenschaften fehlten. Die Beklagte könnte hinsichtlich der nicht für Ersatzlieferungen verwendeten brauchbaren Folien Wandlung begehrn. Soweit die Klagsforderung zu Recht bestehe, sei sie durch Aufrechnung mit einem Teil des der Beklagten entstandenen Schadens erloschen. Dieser Schaden resultiere aus der zweimaligen Herstellung von Skipässen. Da die Klägerin in der Berufung hiezu nichts vorbringe, könne auf die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes verwiesen werden.

Die Klägerin bekämpft das Urteil des Berufungsgerichtes mit Revision. Sie macht die Revisionsgründe der unrichtigen rechtlichen Beurteilung geltend und beantragt das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß dem Klagebegehrn vollinhaltlich stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Die Ansicht der Revisionswerberin, es wäre italienisches Recht anzuwenden, weil die Firma S\*\*\* - eine selbständige Handelsfirma - nicht "Vertreter, Agent oder Handelsreisender" gemäß § 3 Abs 2 des Haager IPR Kaufrechtsübereinkommens sei, kann nicht geteilt werden. Nach den Feststellungen war die Firma S\*\*\* die Vertreterin der Klägerin in Österreich, die Beklagte führte mit dieser Firma die Vertragsgespräche und richtete die Fernschreiben über die Bestellung an sie. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß die Firma S\*\*\* der Vertreter der klagenden Partei im Sinne des Art. 3 Abs 2 leg.cit in Österreich war, bei dem die Beklagte die Bestellung aufgegeben hat. Dies führt trotz der Vorschrift des § 36 IPRG zur Anwendung österreichischen Rechts, weil Italien Vertragsstaat des Haager IPR-Kaufrechtsübereinkommens ist (6 Ob 511/84).

Mit den Revisionsausführungen, der Zeuge L\*\*\* sei nicht qualifiziert, die Aussage, auf die das Erstgericht Feststellungen stützte, zu machen, seine Aussage stehe zum Sachverständigengutachten im Widerspruch, wird der unzulässige Versuch unternommen, die Beweiswürdigung zu bekämpfen. Auf diese Ausführungen ist daher nicht weiter einzugehen. Die Behauptung, die Beklagte habe ein Laboratorium zur Austestung der Materialien, ist durch die Feststellungen nicht gedeckt, die Ausführungen, das Austesten sei branchenüblich, stehen im Widerspruch zum festgestellten Sachverhalt.

Bei Beurteilung der Frage, ob die Beklagte mit der Möglichkeit hätte rechnen müssen, daß durch die Einwirkung der Farben Veränderungen am Kunststoff herbeigeführt werden, ist davon auszugehen, daß die Beklagte ein siebdruckfähiges, "kälteschlagzähes" Material bestellte. Die Klägerin hatte daher ein Material zu liefern, das im bedruckten Zustand eine entsprechende Kältefestigkeit aufweist. Damit, daß die Folie, die laut Bestellung zum Siebdruck bestimmt war, bei Anwendung eines "üblichen Siebdruckverfahrens" ihre Eigenschaften verändern und bei Kälte brechen werde, mußte die Beklagte nicht rechnen, sie konnte vielmehr erwarten, daß das gelieferte Material die bedungenen Eigenschaften aufwies. Wohl hatte die Beklagte gemäß § 377 HGB die Ware, soweit dies nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang tunlich war, zu untersuchen und wenn sich ein Mangel zeigte, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen. Die Untersuchungspflicht ist nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen und die Art der Untersuchung, die dem Käufer gemäß § 377 HGB obliegt, kann nicht allgemein bestimmt werden; sie ergibt sich vielmehr aus der Art der Ware, dem Handelsbrauch und der im Geschäftszweig des Käufers herrschenden Übung. Die Untersuchung darf nicht oberflächlich sein, sie braucht aber auch nicht peinlich genau sein (SZ 53/63 u.a., vgl. auch SZ 56/146). Im vorliegenden Fall steht fest, daß eine besondere Prüfung nicht branchenüblich ist. Dazu kommt, daß nicht die Unterlassung der Untersuchung, sondern die Unterlassung einer rechtzeitigen Anzeige die im § 377 Abs 2 HGB bestimmten Folgen hat (SZ 53/63). Hätte die Beklagte die Folien sogleich auf ihre Kältefestigkeit überprüft, dann wäre kein Mangel festgestellt worden, weil dieser erst nach dem Bedrucken feststellbar war. Eine nicht branchenübliche Untersuchung eines Probbedruckes auf seine Kältefestigkeit ist aber nicht zu verlangen, zumal die Beklagte keinen Anlaß hatte zu erwarten, das zum Zweck des Bedruckens bestellte Material werde seine Eigenschaften durch die Einwirkung der Farben verändern.

Aus diesen Gründen erfolgte die Mängelrüge, die sogleich nach Entdeckung des geheimen Mangels erfolgte, nicht verspätet. Da die Beklagte die Vertragsverhandlungen mit der Firma S\*\*\* geführt und die schriftliche Bestellung an dieses Unternehmen, das die Klägerin im Inland vertreten hat, gerichtet hatte, konnte sie auch die Mängelrüge dort erheben. Überdies wurde die Mängelrüge ohnedies sogleich an die Klägerin weitergeleitet.

Die Behauptung, schon durch Differenzen bei der Zugabe des Lösungsmittels hätten bessere Ergebnisse erzielt werden können, vermutlich hätten bei Austestung Mängel überhaupt vermieden werden können, ist durch die Feststellungen nicht gedeckt. Die Revisionsausführungen, das Material sei für das "übliche Siebdruckverfahren" geeignet gewesen, stehen zum festgestellten Sachverhalt im Widerspruch, da nach diesem die Folien von der Beklagten mit einem "üblichen Siebdruckverfahren" bedruckt wurden und die Mängel auftraten. Der Meinung, die Beklagte hätte ein anderes Verfahren anwenden müssen, ist entgegenzuhalten, daß für das angewandte "übliche Siebdruckverfahren" ein Teil der Folie verwendet wurde, die hergestellten Produkte aber nicht brauchbar waren. Daraufhin erhab die Beklagte die Mängelrüge. Es wäre Sache der Klägerin gewesen, bekanntzugeben, welches Verfahren anzuwenden bzw. welche Farben zu verwenden sind, um mit ihrem Material brauchbare Produkte zu erzielen. Die Klägerin hat dies jedoch nicht getan. Ihr Hinweis darauf, daß sie nicht das nötige Fachwissen habe, ist nicht zielführend. Wenn sie eine Folie liefert, die für Siebdruck verwendet werden soll, aber nicht für jedes Verfahren geeignet ist, muß sie auch die nötigen Kenntnisse haben und ihre Kunden entsprechend aufklären. Die Beklagte, die ein für den Siebdruck geeignetes Material bestellt hatte und ein "übliches Verfahren" anwandte, mußte ohne entsprechenden Hinweis der Klägerin nicht wissen, daß bei einem anderen Verfahren allenfalls das Auftreten von Mängeln vermieden worden wäre. Überdies sei darauf hingewiesen, daß gar nicht feststeht, ob etwa bei Verwendung anderer Farben die hergestellten Skipässe brauchbar gewesen wären. Selbst in der Revision wird nur ausgeführt, vermutlich hätten durch Austesten Mängel vermieden werden können.

Verfehlt sind die Ausführungen, der Mangel sei nicht erheblich und nicht unbehebbar gewesen, weil eine Verwendung des Materials durch Veränderung der Zugabe des Lösungsmittels möglich gewesen wäre. Abgesehen davon, daß nicht feststeht, daß die Herstellung mangelfreier Skipässe mit den Folien überhaupt möglich gewesen wäre, waren mit dem von der Beklagten angewandten "üblichen Verfahren" keine zufriedenstellenden Ergebnisse zu erzielen. Wie bereits ausgeführt, wäre es Sache der Klägerin gewesen, die Beklagte auf ein allenfalls mögliches Verfahren hinzuweisen.

Die Klägerin, die der Beklagten zum Zweck des Siebdruckes ein Material lieferte, das für das "übliche Verfahren" nicht geeignet war, hätte die Beklagte entsprechend aufklären müssen. Da sie dies nicht getan hat, ist sie der Beklagten schadenersatzpflichtig. Entgegen der Ansicht der Klägerin trifft die Beklagte kein Mitverschulden, weil sie nicht damit rechnen mußte, daß das für Zwecke des Siebdruckes bestellte Material durch die Einwirkung der Farbe nachteilig verändert werde, und ihr die Klägerin nach der Mängelrüge nicht bekanntgab, daß bei einem anderen Verfahren Mängel vermieden werden könnten.

Die Höhe der Gegenforderung, die durch die Notwendigkeit der neuerlichen Herstellung von Skipässen entstanden ist, ergibt sich zweifelsfrei aus den Feststellungen; die Revisionswerberin versucht hier in Wahrheit, unzulässigerweise die Beweiswürdigung zu bekämpfen.

Somit ergibt sich, daß die Beklagte, abgesehen von dem nachträglich verwendeten etwas besseren Material, für das unbestritten ein Betrag von S 120.267,96 berechtigt ist, Wandlung begehrten kann und daß ihre Gegenforderung aus dem Titel des Schadenersatzes zu Recht besteht. Zu prüfen bleibt noch, ob dem Umstand, daß die Beklagte einen Restbestand an "für ihre Zwecke unbrauchbarer" Folie weggeworfen hat, Bedeutung zukommt. Die Beklagte war ihrer Pflicht, gemäß § 379 Abs 1 HGB für die einstweilige Aufbewahrung der Sache zu sorgen, zwar entbunden, weil sie die Ware der Klägerin "zur Verfügung gestellt hatte", die Klägerin aber nichts veranlaßte (vgl. Brüggemann, HGB Großkommentar IV, Rdz 15 zu § 379). Wandlung kann allerdings derjenige nicht begehrten, der in Kenntnis des Mangels die Rückstellung in schuldhafter Weise unmöglich gemacht hat (SZ 42/180; EvBl 1976/20; 6 Ob 540/78; 2 Ob 660/86). Ein Wegwerfen der Ware muß grundsätzlich als schuldhaftes Unmöglichmachen der Rückstellung angesehen werden. Daß die Folie nur geringen Wert hatte und die Kosten einer Verwahrung in keinem Verhältnis zum Warenwert standen, ist eine Annahme des Berufungsgerichtes, die durch die Feststellungen nicht gedeckt ist. Auch wenn es sich nur um 15-20 % der gesamten Lieferung handelte (auch darüber fehlen Feststellungen), bestand keine Rechtfertigung, die nicht verwendete Folie wegzutragen.

Die Frage, in welchem Umfang ein Wandlungsanspruch der Beklagten zusteht, kann daher derzeit nicht beurteilt werden. Soweit die Beklagte die Folie für Skipässe verwendete, die wegen des Mangels des Materials unbrauchbar waren, trifft sie zwar kein Verschulden an der Unmöglichkeit der Rückstellung. Die Folie, die sie nicht verwendete, hätte sie aber grundsätzlich zurückstellen müssen. Ein Vorwurf, die Folien weggeworfen zu haben, könnte ihr nur dann nicht gemacht werden, wenn der Wert des Materials nicht höher gewesen wäre als die Kosten der Aufbewahrung und des Transportes zur Klägerin oder einem anderen Abnehmer. Darüber sind ergänzende Feststellungen notwendig. Sollte

sich ergeben, daß der Wert der restlichen Folie höher war, dann sind auch Feststellungen darüber notwendig, wieviel Material von der Beklagten nicht verwendet wurde, denn in diesem Umfang könnte Wandelung nicht begehrt werden. Sollte die Menge der nichtverwendeten Folie nicht feststellbar sein, würde dies zu Lasten der Beklagten gehen, die die Folie weggeworfen hat. Daß es trotzdem nach den schon bisher vorliegenden Verfahrensergebnissen zu einer Abweisung des Klagebegehrens kommen wird, weil die Gegenforderung der Beklagten höher ist als die eingeklagte Forderung, vermag an der Notwendigkeit der Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen nichts zu ändern, weil es für die Klägerin nicht gleichgültig ist, in welchem Umfang ihre Forderung zu Recht besteht, denn im Umfang des Zurechbestehens der Klagsforderung vermindert sich die Gegenforderung der Beklagten. Ob es für die Klägerin ökonomisch ist, den Prozeß weiterzuführen, obwohl die Gegenforderung der Beklagten allenfalls wegen Verjährung ohnedies nicht mehr geltend gemacht werden könnte, ist in dieser Entscheidung nicht zu erörtern.

Aus diesen Gründen waren die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben. Der Kostenvorbehalt beruht auf§ 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E09968

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1987:0020OB00678.86.0127.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19870127\_OGH0002\_0020OB00678\_8600000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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